Kostentragung und Auslagenerstattung im Strafverfahren

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Hans-Michael Kiefer
aus Freiburg i. Br.

1968

FOTODRUCK PRÄZIS Barbara v. Spangenberg KG · Tübingen

9523

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547605_0041

Kostentragung und Auslagenerstattung im Strafverfahren

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Hans-Michael Kiefer
aus Freiburg i. Br.

1968

FOTODRUCK PRÄZIS Barbara v. Spangenberg KG · Tübingen

Dekan: Professor Dr. Hermann Lange
1. Berichterstatter: Professor Dr. Karl Peters
2. Berichterstatter: Professor Dr. Jürgen Baumann

Tag der mündlichen Prüfung: 13. Februar 1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Meiner lieben Mutter

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Literaturverzeichnis III

Wichtigste Abkürzungen XVII

§ 1 Einleitung 1

I. Kapitel: Kostentragungspflicht im Offizialverfahren 4

§ 2 Allgemeines 4

§ 3 Kostentragungspflicht des Angeklagten 6

§ 4 Begriff der Tat i.S. des § 465 Abs.1 StPO 14

§ 5 Einwirkung der MRK auf den Umfang der Kostentragungspflicht 20

§ 6 Rechtliche und rechtspolitische Gesichtspunkte zur Kostenregelung 26

II. Kapitel: Auslagenerstattung im Offizialverfahren 33

§ 7 Entwicklung der Entschädigung im Strafverfahren 33

§ 8 Die Rechtsnatur des Auslagenerstattungsanspruchs nach den §§ 467 Abs.2, 467a StPO 36

§ 9 Verhältnis der Ansprüche aus den §§ 467 Abs.2, 467a StPO zu anderen Entschädigungs- und Schadensersatzansprüchen 61

§ 10 Verhältnis der Regelung in § 467 Abs.2 StPO zur Unschuldsvermutung 64

Seite

§ 11 Zwingt die Kostenentscheidung nach § 467 Abs. 2 StPO zu einer vollständigen Sachaufklärung? 74

§ 12 Obligatorische Auslagenerstattung gemäß § 467 Abs. 2 Satz 2 StPO 79

§ 13 Einschränkung der obligatorischen Auslagenerstattung durch § 2 UHaftEntschG 94

§ 14 Fakultative Auslagenerstattung bei Freispruch i. S. des § 467 Abs. 2 Satz 1 StPO 106

§ 15 Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft 112

LITERATURVERZEICHNIS

Urteilsanmerkungen, Aufsätze in Tageszeitungen, Buchrezensionen und die dem 11., 12. und 13. Juristentag vorgelegten Gutachten und dort gehaltenen Referate sind in dieses Verzeichnis nicht aufgenommen worden.

Amelunxen: Sinn und Aufgabe neuzeitlicher Strafrechtspflege. DRiZ 1956, S.165-168.

Anschütz, Gerhard: Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt. Verw.Arch. Bd.5 (1897), S.1 ff.

Ders.: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Kommentar, 14. Aufl., 1933 (unveränderter Nachdruck 1960), Bad Homburg.

Appell, Ehrhardt: Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in ihrer Bedeutung für das deutsche Strafrecht und Strafverfahrensrecht. Diss., 1961, Marburg.

Arndt, Herbert: Haftentschädigung nach der Menschenrechtskonvention. DRiZ 1966, S.75 - 80.

Bachof, Otto: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. VVDStRL, Heft 12 (1954), S.37-84.

Baumbach-Lauterbach: Kostengesetze. 12. Aufl. 1955.

Baumann, Jürgen: Poena extraordinaria (zugleich eine Entgegnung zu GA 1955, S.40 ff.). GA 1957, S.405 - 409.

Ders.: Die Bedeutung des Art.2 GG für die Freiheitsbeschränkung im Strafprozeß. In: Festschrift für Eb.Schmidt zum 70. Geburtstag, 1960, S.525 ff.

Ders.: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bielefeld, 1966.

Beling, Ernst: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht. 1928, Berlin.

Bennecke-Beling: Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts. Breslau, 1900.

Berolzheimer, F.: Die Entschädigung unschuldig Verurteilter und Verhafteter. Diss., 1891, Erlangen.

Binding, Karl: Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts. 4. Aufl. 1900, Leipzig.

Birkmeyer, Karl: Deutsches Strafprozeßrecht. 1898.

Bonner Kommentar: Kommentar zum Bonner Grundgesetz. Hamburg, 1950/1964.

Brandis, Ernst: Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft. Diss., Leipzig, 1905.

Burlage, E.: Die Entschädigung der unschuldig Verhafteten und unschuldig Bestraften. Kommentar zu den Reichsgesetzen vom 14. Juli 1904 und 20. Mai 1898, Berlin, 1905.

Creifelds, Carl: Strafprozeßnovelle 1964, JR 1965, S.1 ff.

Dahs, Hans: Die kleine Strafprozeßreform. NJW 1965, S.81-86.

Ders.: Schlußgehör und Auslagenerstattung. NJW 1966, S.24 f.

Dalcke-Fuhrmann-Schäfer: Strafrecht und Strafverfahren. 37. Aufl., Berlin, 1961.

Dallinger-Lackner: Jugendgerichtsgesetz. Kommentar, 2. Aufl., 1965.

Diester, Hans: Enteignung und Entschädigung nach altem und neuem Recht. 1953.

Dohna, Alexander Graf zu: Das Strafprozeßrecht. 2. Aufl., Berlin, 1925.

Drews-Wacke: Allgemeines Polizeirecht. 7. Aufl., Berlin, 1961.

Dürig, Günter: Art.2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinen polizeilichen Maßnahmen. AöR, Bd.79 (1953/1954), S.57-86.

Ders.: Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, S.193-199.

Ders.: Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff. JZ 1954, S.4-12.

Ders.: Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystems. JZ 1955, S.521-525.

Echterhölter, Rudolf: Die Europäische Menschenrechtskommission im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung. JZ 1955, S.689-693.

Ders.: Die Europäische Menschenrechtskonvention in der juristischen Praxis. JZ 1956, S.142-146.

Elibol, Ercüment: Die Vermutung der Unschuld im deutschen und türkischen Strafverfahren. Diss., Tübingen, 1965.

Engell, Werner: Die Entschädigungs- und Wiedergutmachungspflicht des Staates gegenüber unschuldig Bestraften und Verhafteten. Strafrechtliche Abhandlungen, hg. v. Lilienthal, Heft 230, 1927.

Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 15. Aufl., Tübingen, 1959.

Esser, Albert: Zur Frage, in welchen Grenzen die Entschädigung über die Auslagenüberbürdung im Rechtsmittelverfahren selbständig überprüft werden kann. JZ 1961, S. 566 f.

Esser, Josef: Schuldrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl. Karlsruhe, 1960.

Fischer, Robert: Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln? Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Bd. II, 1956, S. C 37-C 68.

Fischli, Ernst: Die Entschädigung unschuldig Verfolgter. Zeitschrift für schweizerisches Recht, 1960, 2. Halbbd., S. 263a-420a.

Fleiner, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. Aaalen, 1963 (2. Neudruck der 8. Aufl., Tübingen 1928).

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht, 1. Bd., 7. Aufl., Berlin, 1896.

Fontes, Emil: Die Erstattung der notwendigen Auslagen eines freigesprochenen Angeklagten durch die Staatskasse nach § 467 Abs. II StPO. GA 1955, S. 40-54.

Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 9. Aufl., München, 1966.

Ders.: Verfassungsmäßiger Eigentumsschutz und Freiheit des Berufs (am Beispiel des Apothekenprivilegs). In: Helmut R. Külz / Richard Naumann, Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 2, S. 19-29, Karlsruhe, 1963.

Franke, Franz-Josef: Der Folgenentschädigungsanspruch. Folgenbeseitigung durch Entschädigung. VerwArch. Bd. 57 (1966), S. 357 - 376.

Franz, Otto: Verstößt die Kostentragungspflicht des verurteilten Angeklagten gegen das Äquivalenzprinzip? MDR 1962, S. 949 - 950.

Friedenreich, Heinrich: Die Lehre von den Kosten im Strafprozeß, Strafrechtliche Abhandlungen, hg. v. Beling, Heft 35 (1901).

Furler, Hans: Das polizeiliche Notrecht und die Entschädigungspflicht des Staates. VerwArch. Bd. 33 (1928), S. 340-427.

Ganske, Nikolaus: Die Kostenentscheidung bei Fallenlassen der Klage nach § 411 StPO. MDR 1965, S.101 ff.

Ders.: Schlußgehör und Auslagenerstattung, NJW 1966, S.23 f.

Gerber, Ernst: Die Entschädigungspflicht des Staates gegenüber unschuldig Verfolgten und Bestraften. Diss., Zürich, 1921.

Gerland, Heinrich: Der deutsche Strafprozeß. Mannheim, 1927.

Geyer, August: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts. Leipzig, 1880.

Ders.: Die Entschädigung freigesprochener Angeklagter. Nord und Süd, Bd.18 (1881), S.167 ff.

Ders.: Noch einige Bemerkungen über die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft und Strafhaft. Der Gerichtssaal, Bd.34 (1883), S.321-342.

Giese-Schunck: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 6. Aufl., Frankfurt, 1962.

Gleisbach, Wenzel Graf von: Deutsches Strafverfahrensrecht. Berlin, 1943.

Goldschmidt, James: Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatlichen Entschädigungspflicht gegenüber unschuldig Verhafteten und Bestraften. In: Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke zum Doktor-Jubiläum 21. Aug. 1910, S.109-154, Breslau, 1910.

Golsong, Heribert: Die Europäische Menschenrechtskonvention vor den nationalen Gerichten. DVBl. 1958, S.809 f.

Ders.: Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention. 1958.

Ders.: Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, JöR NF 10 (1961), S.123-180.

Greiner, Gottfried: Wiederbelebung des klassischen Enteignungsbegriffes. DÖV 1954, S.583-587.

Groß, Rolf: Zur Haftung des Staates bei Fehlurteilen. Das Recht im Amt (RiA), Bd.10 (1963), S.326 - 327.

Grünwald, Gerald: Die Teilrechtskraft im Strafverfahren. Göttingen, 1964.

Guradze, Heinz: Der Stand der Menschenrechte im Völkerrecht. Göttingen, 1956.

Ders.: Kann die Verfassungsbeschwerde auf eine Verletzung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte gestützt werden? DÖV 1960, S.286 ff.

Ders.: Die Schutzrichtung der Grundrechtsnormen in der Europäischen Menschenrechtskonvention. In: Festschrift für Nipperdey, Bd.2, S.759 ff.

Haas, Diether: System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten. Karlsruhe, 1955.

Hahn, Carl: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 3, Materialien zur Strafprozeßordnung, 1. Abteilung 1880, 2. Abteilung 1881.

Hamann, Andreas: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung. Bücher des Betriebsberaters, 1953.

Heinze: Das Recht der Untersuchungshaft. Leipzig, 1865.

Henkel, Heinrich: Das deutsche Strafverfahren. Hamburg, 1953.

Henrichs, Wilhelm: Änderung der ZPO durch die Konvention von Rom? MDR 1955, S.140-143.

Ders.: Freispruch und Menschenwürde, MDR 1956, S.196-201.

Herzog, Roman: Das Verhältnis der Europäischen Menschenrechtskonvention zu späteren deutschen Gesetzen. DÖV 1959, S.44-47.

Ders.: Verfassungsbeschwerde gegen Verletzungen der Menschenrechtskonvention? DÖV 1960, S.775 ff.

Ders.: Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention. AöR 86 NF 47 (1961), S.194 ff.

Hippel, Robert von: Der deutsche Strafprozeß, Lehrbuch. Marburg, 1941.

Herzog, Roman: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu Art.5 der Europäischen Menschenrechtskonvention. JZ 1966, S.657-660.

Hodler, Christian: Die Europäische Menschenrechtskonvention und das Bonner Grundgesetz. Diss., Göttingen, 1953.

Ders.: Die Freiheit der Person nach der neuen Europäischen Menschenrechtskonvention. NJW 1953, S.531 ff.

Huber, Ernst-Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.2. Tübingen, 1954.

Hueck, Alfred: Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. In: Staat und Bürger, Festschrift für Willibald Apelt zum 80. Geburtstag, S.57-72. München, 1958.

Ilberg, H.-J.: Auslagenerstattung nach Rücknahme der Klage gemäß § 411 Abs.1 StPO. NJW 1959, S.2004 f.

Ipsen, HansPeter: Gleichheit. In: Die Grundrechte. Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd.2, S.111-198. Berlin, 1954.

Ders.: Enteignung und Sozialisierung. VVDStRL, Heft 10, S.74-123.

Janssen, Günter: Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung. Verwaltung und Wirtschaft, Heft 24, Stuttgart, 1961.

Jellinek, Georg: Staatsrechtliche Erörterungen über die Entschädigung unschuldig Verurteilter. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, herausgegeben von Grünhut. 20. Band (1893), S.455-467, Wien.

Ders.: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl., 1905.

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht. 3. Aufl., 1931 (4. Aufl., 1948, unveränderter Nachdruck).

Jescheck, Hans-Heinrich: Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten. NJW 1954, S.783-786.

Kähler, Otto: Die Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft. Halle a.S., 1904.

Kern, Eduard: Wer trägt die Kosten bei Einstellung des Strafverfahrens wegen Geringfügigkeit (gemäß § 153 Abs.3 StPO), DRiZ 1953, S.169.

Ders.: Strafverfahrensrecht. 8. Aufl., München, 1967.

Kimmig: Erstattbarkeit eines vereinbarten Honorars nach § 467 Abs.2 StPO. NJW 1966, S.768.

KMR: Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichts- und Ordnungswidrigkeitengesetz. 6. Aufl., hg. v. Müller und Sax. Bd.1, Strafprozeßordnung; Bd.2, Gerichtsverfassungsgesetz, Ordnungswidrigkeitengesetz, verschiedene Nebengesetze und Kostenanhang. 1966.

Koch, H.-J.: Kostenrisiko bei Weigerung polizeilicher Vernehmung. GA 1964, S.174.

Köhler, August: Der Entwurf eines Gesetzes betr. Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft. Der Gerichtssaal, Bd. 64 (1904), S. 337-383.

Kohlhaas, Max: Schlüsse aus dem Schweigen des Beschuldigten. NJW 1965, S. 2282 ff.

Ders.: Übernahme der notwendigen Auslagen nach Klagerücknahme (§ 156 StPO) oder Fallenlassen der Anklage (§ 411 StPO). NJW 1966, S. 1112 - 1113.

Kohlrausch, Eduard: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 24. Aufl., Berlin, 1936.

Konow, Karl-Otto: Zum Aufopferungsanspruch bei rechtswidrigen Eingriffen. JR 1966, S. 16-17.

Kraus, Herbert: Der deutsche Richter und das Völkerrecht. In: Festschrift für Laun, Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie, Hamburg, 1953, S. 223 ff.

Kries, August von: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts.

Kröner, Herbert: Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Köln, 1961.

Kronecker: Die Entschädigung unschuldig Verhafteter. Berlin, 1883.

Kullmann, Georg: Zur Interpretation des § 499 Abs. 2 der Strafprozeßordnung. ZStW, Bd. 42 (1921), S. 165-172.

Kuschmann, Horst: Die Abgrenzung der Enteignung und der Aufopferung von der Amtshaftung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. NJW 1966, S. 574-577.

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin, 1960.

Lauterbach, Wolfgang: Kostengesetze, Kurzkommentar. 15. Aufl. des von Adolf Baumbach begründeten Werkes, München, 1966.

Leibholz-Rinck: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Köln, 1966.

Lerche, Peter: Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff. JuS 1961, S. 237-243.

Ders.: Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Köln, 1961.

Löffler: Die Entschädigung unschuldig Verhafteter, Wien, 1906.

Loening, Edgar: Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht. Dorpat, 1879.

Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen. Großkommentar, 21. Aufl., Berlin. Bd.1, §§ 1 - 373a StPO, 1963; Bd.2, §§ 374 - 474 a StPO, EGStPO, Gerichtsverfassungsgesetz, EGGVG und Nebengesetzen 1965; Ergänzungsbd., Strafprozeßänderungsgesetz, 1966.

Luhmann, Niklas: Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet. Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Berlin, Bd.24, 1965.

v.Mangoldt-Klein: Das Bonner Grundgesetz. 2 Aufl., Berlin. Bd.1, 1957; Bd.2, 1964.

Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht, 15 Aufl., München, 1966.

Maunz-Dürig: Grundgesetz. 2. Aufl., 1963.

Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil. 3. Aufl., Karlsruhe, 1965.

Mayer, Edmund: Die Erstattung von Kosten im Zivil- und Strafprozeß beim Bestehen einer Rechtsschutzversicherung. JZ 1962, S.339-343.

Mayer, Franz: Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern. Hg. v. Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, München, 1962.

Mayer, Otto: Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht. Dresden, 1904.

Ders.: Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl., München, 1924.

Menger, Christian-Friedrich: Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz. In: Recht und Staat, Tübingen, Nr.173, 1953.

Merkel, Rudolf: Juristische Enzyklopädie. Berlin, 3. Aufl., 1904.

Meves: In: Fr. von Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 2.Bd., Berlin, 1879.

Meyer, Karl-Heinz: Die Anfechtung der Auslagenerstattung nach § 467 Abs.2 StPO. JR 1960, S.84 ff.

Meyer, M.: Der Schutz der persönlichen Freiheit im rechtsstaatlichen Strafprozeß. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des aargauischen Rechts. Aargau, 1962.

Mohnhaupt, Heinz und Reich, Norbert: Aufopferungsansprüche bei Schulunfällen. NJW 1967, S.758-763.

Morvay, A.: Rechtsprechung nationaler Gerichte zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 nebst Zusatzprotokoll vom 10.3.1952. ZaöRV 21 (1961), S.89 ff.

Mühlenhöver, J.: Die Konvention zur Wahrung der Menschenrechte und Grundfreiheiten und die europäische Neuordnung. In: August Wimmer: Die Menschenrechte in christlicher Sicht, S.50 ff. Freiburg i.Br., 1952.

Mümmler, A.: Die Kostenerstattung nach § 467 Abs.II JVBl. 1961, S.223-226.

Nipperdey, Hans-Carl: Die Würde des Menschen. In: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd.2, 1954, S.1-50.

Ders.: Freie Entfaltung der Persönlichkeit. In: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd.4, 2.Halbbd., S.741-909.

Nißen: Soll im Falle der Freisprechung (oder der Nichterhebung der Anklage) für die Untersuchungshaft eine Entschädigung gewährt werden? Verhandlungen des 12. deutschen Juristentages, Berlin, 1874, Bd.1, S.46-63.

Oske, Ernst-Jürgen: Die Belastung der Staatskasse mit den notwendigen Auslagen des Angeklagten im Falle des Freispruchs. MDR 1964, S.102 ff.

Oswald, Weißenborn: Die Auslagenerstattung durch die Staatskasse im Strafverfahren. JR 1959, S.413 f.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar. 25. Aufl., Berlin, 1966.

Partsch, K.J.: Die Entstehung der Europäischen Menschenrechtskonvention. ZaöRV, Bd.15 (1953/54), S.631 ff.

Ders.: Die Europäische Menschenrechtskonvention vor den nationalen Parlamenten. ZaöRV, Bd.17 (1956/57), S.93 ff.

Paunovic, Vlastimir R.: Die Verfahrensgarantie des Art.6 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten im deutschen Verfahrensrecht. Diss., Münster, 1956.

Peters, Hans: Lehrbuch der Verwaltung. Berlin, 1949.

Ders.: Sozialstaat. In: Staatslexikon, hg. v. der Görresgesellschaft, Bd.7 (1962), S.394-395.

Peters, Karl: Individualgerechtigkeit und Allgemeininteresse im Strafprozeß. In: Summum ius summa iniuria. Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd.9, 1963, S.191 ff.

Ders.: Strafprozeß, 2. Auflage, 1966.

Petersen, Klaus H.: Die gemeindlichen Konzessionsabgaben. Diss., Münster, 1966.

Pusinelli, Gerhard: Verstößt § 467 Abs.2 StPO gegen den Gleichheitsgrundsatz? NJW 1967, S.616.

Quaritsch, Helmut: Eigentum und Polizei. DVBl. 1959, S.455-459.

Reh, Hans-Joachim: Ersatz der Verteidigungskosten eines freigesprochenen Angeklagten. SJZ 1950, S.150 f.

RGRK: Kommentar zum BGB, hg. v. Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl.

Reinisch, Günther: Das Beweisrecht für die Kostenentscheidung im Strafprozeß. DVBl. 1966, S.29-33.

Ders.: Zur Rechtsnatur des Auslagenerstattungsanspruchs im Strafprozeß. MDR 1966, S.105-107.

Ders.: Die Freispruchsarten des Kostenrechts. MDR 1966, S.379-381.

Reitberger, Leonhard: Die Einstellung des Verfahrens wegen Geringfügigkeit und der Nebenklageberechtigte. NJW 1963, S.2260 ff.

Riecker, Wilhelm: Die Entschädigung unschuldig Verhafteter und Bestrafter. Diss., Heidelberg, 1911.

Ritter, Erwin: Die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen. Diss., Freiburg, 1900.

Romen, A.: Die Reichsgesetze, betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Verhaftung und Bestrafung. 1904.

Rosenfeld, Ernst-Heinrich: Der Reichs-Strafprozeß, Lehrbuch. Berlin, 1912.

Rotthaus, Karl-Peter: Justizforderungen und Resozialisierung der Strafentlassenen. MschrKrim., Bd.48 (1965), S.138-143.

Sarstedt, Werner: Die Revision in Strafsachen. 4. Aufl., Essen, 1962.

Sax, Walter: Das strafrechtliche Analogieverbot. Göttingen, 1953.

Sax, Walter: Grundsätze der Strafrechtspflege. In: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 3, 2. Halbbd., Berlin, 1959, S. 909-1014.

Schack, Friedrich: Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln? Verhandlungen des 41. deutschen Juristentages, 1955, Bd. 1, 1. Halbbd., S. 1-60.

Ders., Der für Aufopferungsanspruch neben der Enteignungsentschädigung verbleibende Raum. JZ 1956, S. 425-430.

Ders.: Gefährdungshaftung auf dem Gebiet des deutschen öffentlichen Rechts. DÖV 1961, S. 728-734.

Ders.: Der Entschädigungspflichtige bei Eingriffen von hoher Hand. JuS 1965, S. 295 ff.

Schäfer, K.: Zur Kostenentscheidung bei Einstellung des Verfahrens nach § 153. Rpfleger 1951, S. 29 f.

Scheuner, Ulrich: Die Abgrenzung der Enteignung. DÖV 1954, S. 587-592.

Ders.: Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht. DÖV 1955, S. 545-550.

Schiedermaier, Rudolf: Einführung in das bayerische Polizeirecht. München, 1961.

Schmidt, Eberhard: Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Teil 1, Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Aufl., 1964; Teil 2, Erläuterungen zur Strafprozeßordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung, 1. Aufl., 1957; Nachträge und Ergänzung zu Teil 2 (Nachtragsband), 1967; Teil 3, Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz und zum Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz, 1. Aufl., 1960.

Ders.: Die Sache der Justiz. Justizrechtliche Grundsätze und ihre Konsequenzen in prozessualem und materiellem Bereich. Göttingen, 1961.

Ders.: Anklageerhebung, Eröffnungsbeschluß, Hauptverfahren, Urteil (Betrachtungen zur Strafprozeßreform). NJW 1963, S. 1081-1089.

Schmidt, H. W.: Erstattung der notwendigen Auslagen des Angeschuldigten durch die Staatskasse. SchlHA 1957, S. 325 ff.

Schmidt, H.W.: Fragen der Auslagenerstattung nach § 467 Abs.2 StPO. SchlHA 1963, S.2-7.

Ders.: Umfang der Verfahrenskosten bei Tateinheit. SchlHA 1965, S.101-103.

Schneider, Egon: Enteignung und Aufopferung. Berlin, 1964.

Ders.: Eingriffsschwere oder Einzelakt? DÖV 1965, S.292 ff.

Schönke-Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar. 13. Aufl., München, 1967.

Schorn, Hubert: Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren. Bd.1 der Reihe: Strafrecht, Strafverfahren, Kriminologie. 1963.

Ders.: Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar. Frankfurt, 1965.

Schreiber, Wolfgang: Die Kostenentscheidung bei Einstellung des Verfahrens wegen Verjährung der Strafverfolgung. NJW 1962, S.1383 f.

Schumann, Ekehard: Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerden gegen richterliche Entscheidungen. In: Schriften zum öffentlichen Recht, Bd.11 (1963), Berlin.

Schwarz-Kleinknecht: Strafprozeßordnung, Kurzkommentar, 27. Aufl., München, 1967.

v.Schwarze: Die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft und Strafhaft. Der Gerichtssaal, Bd.34, S.100-145.

Schwenk, Edmund H.: Freisprechung mangels Beweises. NJW 1960, S.1932-1936.

Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd.2, 9.Aufl., 1962.

Stein-Jonas-Schönke-Pohle: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 18. Aufl., Bd.1, 1953.

Stödter: Öffentlich-rechtliche Entschädigung. Hamburg, 1933.

Stree, Walter: In dubio pro reo. Tübingen, 1962.

Theuerkauf, Horst: Auslagenerstattung bei Verjährungseintritt während des Hauptverfahrens. NJW 1964, S.1013-1014.

Tiedemann, Klaus: Gleichheit und Sozialstaatlichkeit im Strafrecht. GA 1964, S.353-376.

Tiedemann, Klaus: Aufopferungsansprüche im Strafverfahren? MDR 1964, S. 971-975.

Ders.: Nachholung der Auslagenentscheidung im Strafverfahren. DAR 1965, S. 42 f.

Ders.: Haftung für Gesundheitsbeschädigungen Gefangener. NJW 1962, S. 1760-1762.

Ullmann, Emanuel: Soll im Falle der Freisprechung für die Untersuchungshaft eine Entschädigung gewährt werden? Der Gerichtssaal, Bd. 27 (1875), S. 81-92 u. S. 386-396.

Ders.: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. München, 1893.

Unger: Zur Kostenentscheidung bei Einstellung des Strafverfahrens nach § 153 StPO. Rpfleger 1951, S. 111 ff.

Wagner, Heinz: Der Haftungsrahmen in der Lehre vom Sonderopfer. In: Festschrift für H. Jahrreiss, 1964, S. 441 ff.

Ders.: Zur Kritik an der Rechtsprechung zum Enteignungsrecht. DRiZ 1965, S. 114 ff.

Ders.: Eingriff und unmittelbare Einwirkung im öffentlich-rechtlichen Entschädigungsrecht. NJW 1966, S. 569-574.

Warda, Günter: Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht. Köln, 1962.

Weber, Helmuth von: Die strafrechtliche Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention. ZStW 1953 (Bd. 65), S. 334-350.

Ders.: Die Durchsetzung der Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention in der innerdeutschen Strafrechtspflege. MDR 1955, S. 386-389.

Ders.: Das Absehen von Strafe. MDR 1956, S. 705-707.

Weber, Werner: Eigentum und Enteignung. In: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, 1954, S. 331-396.

Weiß, Claus: Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11. 1950. In: Dokumente, 1954, Heft 15.

Wendt, Peter: Zur Frage der innerstaatlichen Geltung und Wirkung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte. MDR 1955, S. 658.

Wiebringhaus, Hans: Die Rom-Konvention für Menschenrechte in der Praxis der Straßburger Menschenrechtskonvention. Saarbrücken, 1959.

Wilke, Guenther: Die Haftung des Staates für rechtswidriges, aber schuldloses Verhalten eines Amtsträgers in Wahrnehmung von Hoheitsrechten. Frankfurt, 1960.

Willenbücher: Das Kostenfestsetzungsverfahren. 16. Aufl.

Woesner, Horst: Die Menschenrechtskonvention in der deutschen Strafrechtspraxis. NJW 1961, S.1381-1385.

Wolff, Hans J.: Verwaltungsrecht, ein Studienbuch. Bd.1, 6.Aufl., 1965; Bd.3, 1966.

Wussow, Werner: Kostenerstattungsanspruch und Rechtsschutzversicherung. NJW 1961, S.1697-1701.

Zeitel, Gerhard: Gebühren. In: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, hg. v. Erwin von Beckerath u.a., Bd.4, 1965, S.227-231.

WICHTIGSTE ABKÜRZUNGEN

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebsberater
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BSHS	Bundessozialhilfegesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DAR	Deutsches Autorecht
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EinlALR	Einleitung zum Allgemeinen Landrecht
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht, zitiert nach Bänden, seit 1953 zitiert nach Jahrgängen
HDSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
Mat	Materialien
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform

NJW	Neue juristische Wochenschrift
OGH	Deutscher Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
OWG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
R	Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
Rspr	Rechtsprechung
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchwZStr	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Sten.Prot	Stenographische Berichte des Bundestages
StPÄG	Strafprozeßänderungsgesetz
StrHaftEntschG	Gesetz, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen
UHaftEntschG	Gesetz, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZuSEntschG	Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen

§ 1 EINLEITUNG

Die Vorschriften über die Auferlegung von Kosten und Auslagen im Strafverfahren unterliegen wie jedes Gesetz und jede andere Norm der bindenden Kraft des Grundgesetzes. Es gibt keine Neutralität der Kostenregelung. Anwendung und Auslegung der Vorschriften des 2. Abschnittes im 7. Buch der Strafprozeßordnung müssen von der Vereinbarkeit mit der Verfassungsordnung bestimmt sein. Sie müssen daneben auch auf Übereinstimmung mit der Konvention zum Schutz der Menschenrechte (MRK) überprüft werden, die, wenn auch in weit geringerem Maße, Einfluß auf Rechtsetzung und Rechtsanwendung gewonnen hat. Auf dem Gebiet des Strafrechts wurde die gesetzmäßige Bindung der Bestimmungen dieser Konvention noch nicht voll erkannt und anerkannt. Erst in jüngster Zeit wurde in Literatur und Rechtsprechung immer häufiger die Konvention zum Schutz der Menschenrechte herangezogen, um die Gültigkeit strafrechtlicher und strafprozeßrechtlicher Bestimmungen und Grundsätze zu überprüfen.

Insbesondere die Regelung der Auslagenerstattung in § 467 Abs. 2 StPO wirft zahlreiche Probleme auf, die nicht nur deren Auslegung betreffen, sondern unmittelbar die Gültigkeit dieser Vorschrift in Frage stellen. Als Erster hat Schwenk[1] darauf hingewiesen, daß die Zweiteilung des Freispruchs in Freispruch mangels Beweises und Freispruch wegen erwiesener Unschuld im Hinblick auf die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. II MRK nicht zu halten sei[2]. Pusinelli sieht in der unterschiedlichen Regelung der Auslagenerstattung im Offizial- und im Privatklageverfahren einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz[3]. Auch ist zweifelhaft, ob die einzelnen Bestimmungen des § 2 UHaftEntschG, der gemäß § 467 Abs. 2 Satz 2 StPO entsprechend anzuwenden ist, mit dem Grundgesetz übereinstimmen. Nach Schorn[4] verletzt § 2 Abs. 3 UHaftEntschG die in Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Menschenwürde.

---

1) NJW 1960, 1933.

2) Vgl. auch K. Peters, Strafprozeß, § 80 II 7, S. 617.
Tiedemann, GA 1964, 376 Fußn. 124, m.w.Hinw.

3) NJW 1967, 616.

4) Schorn, Der Schutz der Menschenwürde, S. 137.

Die Ursache für die unbefriedigende Regelung der Auslagenerstattung in den §§ 467 Abs. 2, 467a StPO muß nicht zuletzt darin gesehen werden, daß bis heute die Rechtsnatur des Auslagenerstattungsanspruchs ungeklärt ist. So ist umstritten, ob die Regelung über die Auslagenerstattung als ein System bereits vorhandener Rechtsansprüche oder als ein System der "Billigkeit" auszugestalten ist. Schon bei der Abfassung des § 467 Abs. 2 StPO sind im Reichstag Stimmen laut geworden, die danach gefragt haben, warum dem freigesprochenen Angeklagten überhaupt die Auslagen erstattet werden sollen. Der Gesetzgeber ist damals davon ausgegangen, daß es sich bei der Erstattung der dem Beschuldigten entstandenen Auslagen um eine dem Staatsbürger gewährte Rechtswohltat handle, zu welcher der Staat an sich nicht verpflichtet sei. Deshalb hat sich bis heute der Gesetzgeber geweigert, grundsätzlich allen freigesprochenen Angeklagten den durch das Verfahren entstandenen Vermögensschaden wieder gutzumachen.

Die Unklarheit über das Wesen der Auslagenerstattung hat es bis heute verhindert, daß der Gesetzgeber die Regelung über die Entschädigung der durch die rechtmäßige Ausübung der Strafrechtspflege Geschädigten großzügig und konsequent vorgenommen hat. Die Regelung über die Entschädigungspflicht ist bis heute Stückwerk geblieben, und man kann sich nicht des Eindrucks erwehren, daß oft fiskalische Interessen im Vordergrund gestanden sind [5].

Die Frage nach der Rechtsnatur der Auslagenerstattung ist auch von großer Bedeutung für die Auslegung der Vorschriften über die Erstattung der notwendigen Auslagen, so z.B. für die Frage, ob die Vorschriften über die Auslagenerstattung eng oder weit auszulegen sind, was unter den Begriffen "Unschuld", "nicht begründeter Verdacht", "notwendige Auslagen" zu verstehen ist und ob das Gericht die Sachaufklärung auch dann fortsetzen muß, wenn feststeht, daß eine Verurteilung nicht in Frage kommt. Das alles sind Fragen, deren Beantwortung der Rechtsprechung bis heute große Schwierigkeiten bereitet hat. Die Folge davon ist eine Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen [6].

Aufgabe dieser Arbeit ist es, diesen grundsätzlichen Problemen nachzugehen. Es soll hier also nicht der Versuch unternommen werden, die einzelnen Bestimmungen des Kostenrechts, d.h. die §§ 464 ff. StPO, ausführlich zu erläutern;

---

5) Vgl. Baumann, GA 1957, 405 f.

6) Eb. Schmidt, Ergänzungsband § 467 Rdn. 2, weist darauf hin, daß, wenn sich die Bedeutung einer prozessualen Vorschrift aus der Anzahl der zu ihr ergehenden Entscheidungen ergeben würde, man den Eindruck gewinnen könnte, als gäbe es keine wichtigere Prozeßvorschrift als die des § 467, insbesondere seines Absatzes 2.

das ist bereits umfassend in den Kommentaren zur Strafprozeßordnung von Fuhrmann-Dalcke-Schäfer, Kleinknecht-Müller bzw. Müller-Sax (KMR), Eb. Schmidt, Schwarz-Kleinknecht und insbesondere im Kommentar von Löwe-Rosenberg geschehen.

I. Kapitel

KOSTENTRAGUNGSPFLICHT IM OFFIZIALVERFAHREN

§ 2 ALLGEMEINES

I. Begriff der Verfahrenskosten

Jedes Strafverfahren verursacht Kosten, teils dem Staat, teils den Beschuldigten und den anderen Prozeßbeteiligten. Nur die im einzelnen Verfahren entstandenen Kosten regelt die Strafprozeßordnung in den §§ 464 ff StPO. Sie setzen sich aus den Gebühren und den Auslagen der Staatskasse zusammen. Die Einzelheiten sind im Gerichtskostengesetz geregelt[1]. Während § 464 StPO die formelle Seite regelt, nämlich die Frage, welche Entscheidungen einen Ausspruch darüber enthalten müssen, von wem die Kosten des Verfahrens zu tragen sind, bestimmen die §§ 465 ff, wer im einzelnen die Kosten zu tragen hat. Sie enthalten somit materielles Recht und gehören daher nicht zu den Rechtsnormen über das Verfahren i.S. der §§ 344 Abs.2, 352 StPO[2].

II. Prinzip der Kostenregelung

Im Schrifttum ist immer wieder der Versuch unternommen worden, das Prinzip zu kennzeichnen, nach dem der Gesetzgeber die Kostenansprüche der einzelnen Prozeßbeteiligten geregelt hat. Vielfach wird die Ansicht vertreten, daß derjenige die Kosten zu tragen habe, der das Verfahren veranlaßt hat[3]. Dieser Grundsatz

---

1) Vgl. hierzu Lauterbach, Kommentar zum Gerichtskostengesetz; kurzer Überblick bei KMR, Band 2, Vorbemerkung zu § 67 GKG; Peters, Strafprozeß, § 80 II 1, 2, S.615 f.

2) Vgl. KMR, Vorbem. 3 vor § 464; Löwe-Rosenberg, Vorbem. 3 vor § 464; Schwarz-Kleinknecht, Vorbem. 4 vor § 464.

3) Vgl. Binding, S.216; Friedenreich, S.15; v.Gleispach, S.226; v.Hippel, S.681; v.Kries, S.771; Rosenfeld, S.307.

trifft aber für die §§ 465, 467 Abs.1 StPO nicht zu, da diese die Kostentragungspflicht vom Ausgang des Verfahrens abhängig machen. Deshalb beantwortet Rosenfeld[4] die Frage dahin, daß kostenpflichtig derjenige sei, der "die Handlungen des Strafprozesses ohne einen für ihn günstigen Erfolg veranlaßt hat". Ähnlich auch Friedenreich[5], nach dessen Ansicht derjenige als Veranlasser des Verfahrens gilt, der rechtskräftig verurteilt worden ist. Es wird also in der Literatur zum Teil "Veranlassung" und "rechtskräftige Verurteilung" gleichgesetzt[6]. Damit ist aber nichts gewonnen. Vielmehr zeigt sich bei diesen Konstruktionen, daß das Gesetz in den §§ 465, 467 Abs.1 StPO nicht dem Veranlassungsprinzip folgt[7]. Man kann höchstens bei der Regelung des § 473 Abs.1 StPO davon sprechen, daß der Gesetzgeber vom Veranlassungsgrundsatz ausgegangen sei, da nach dieser Bestimmung derjenige die Kosten trägt, der ein Rechtsmittel erfolglos eingelegt hat und dadurch ein Rechtsmittelverfahren veranlaßt hat.

Auch das Verschuldensprinzip[8] kann nicht als Grundgedanke der Kostenregelung in der Strafprozeßordnung anerkannt werden. An manchen Stellen der Kostenregelung tritt die Frage des Verschuldens in den Vordergrund[9], aber gerade § 465 StPO folgt nicht diesem Prinzip. Gemäß § 465 StPO trägt auch der zur Tatzeit Unzurechnungsfähige die Kosten des Verfahrens, wenn gegen ihn eine Maßregel der Sicherung und Besserung angeordnet worden ist.

Somit zeigt sich, daß kein Prinzip eine strenge Durchführung erfahren hat, vielmehr jedes von zahlreichen "Ausnahmen" durchbrochen wird. Deshalb ist auch die Suche nach einem gemeinsamen Prinzip vergeblich[10].

---

4) S. 307.
5) S. 15.
6) Vgl. KMR, Vorbem. 4 vor § 464: "Wer im Strafprozeß Unrecht erhält oder sich selbst Unrecht gibt, hat die Prozeßkosten verursacht".
7) Vgl. BGH, NJW 1960, 1867: "Das sog. Veranlassungsprinzip kann, wie schon zutreffend in RGSt 12, 200, ausgeführt ist, nicht als Grundgedanke der strafprozessualen Kostenregelung anerkannt werden. Ähnlich Schwarz-Kleinknecht, Vorbem. 4 vor § 464; KMR, Vorbem. 4 vor § 464: "Nur der Verschuldensgrundsatz kann das Prinzip der Veranlassung zurückdrängen".
8) Vgl. Birkmeyer, S. 126; Geyer, S. 900.
9) Vgl. §§ 467, Abs.I, 2.Halbsatz, 469, 473 Abs.III StPO.
10) Vgl. Eb.Schmidt, Vorbem. 7 vor § 464; Löwe-Rosenberg, Vorbem. 7a vor § 464.

§ 3 KOSTENTRAGUNGSPFLICHT DES ANGEKLAGTEN

Ausgangspunkt für die Pflicht des Angeklagten, die Kosten des Verfahrens zu tragen, sind § 465 Abs.1 und § 467 Abs.1 StPO. Weitere Bestimmungen über die Kostentragungspflicht des Angeklagten finden sich in den §§ 468, 474a StPO.

Nach § 465 StPO hat der Angeklagte die Kosten des Verfahrens zu tragen, wenn er verurteilt wird - nach § 465 Abs.1 Satz 2 StPO liegt eine Verurteilung auch vor, wenn das Gericht von Strafe absieht, - oder gegen ihn eine Maßregel des Sicherung oder Besserung angeordnet worden ist. Das bestätigt § 467 Abs.1 StPO. Diese Vorschrift bestimmt, daß die Kosten des Verfahrens der Staatskasse zur Last fallen, wenn der Angeschuldigte freigesprochen oder außer Verfolgung gesetzt oder das Verfahren gegen ihn eingestellt worden ist. Nur der Angeklagte, der verurteilt worden ist, oder gegen den eine Maßregel der Sicherung und Besserung angeordnet worden ist, darf mit Verfahrenskosten belastet werden.

Diese Bestimmungen regeln erkennbar abschließend die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Angeklagte die Gerichtskosten zu tragen hat. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, dann hat die Staatskasse die Kosten des Verfahrens zu tragen[1].

I. Verurteilung

Ein Urteil, das eine Verurteilung ausspricht, besteht aus dem Schuldspruch und dem Rechtsfolgenausspruch[1a]. Welche Rechtsfolgen das Urteil ausspricht - sei es nun Strafe, Nebenstrafe, Maßregel der Sicherung und Besserung, Nebenfolgen wie Buße, Einziehung, Abführung des Mehrerlöses, Verfallserklärung -, ist für die Kostentragungspflicht des Angeklagten ohne Bedeutung. Es ist nicht erforderlich, daß der Angeklagte zu Strafe verurteilt worden ist, wie es noch die ursprüngliche Fassung des § 465 StPO gefordert hatte[2].

Die alte Fassung hatte ihre Berechtigung bis zum Jahre 1933, da bis zu dem in

---

1) Vgl. RGSt 12, 200; BGH, NJW 1960, 1867.

1a) In bestimmten Fällen kann der Rechtsfolgenausspruch fehlen, siehe unten § 3 II.

2) § 465 (nach der alten Nummerierung § 497) StPO i.d.F. vom 1.2.1877 hatte folgenden Wortlaut: "Die Kosten, mit Einschluß der durch die Vorbereitung der öffentlichen Klage und die Strafvollstreckung entstandenen, hat der Angeklagte zu tragen, wenn er zu Strafe verurteilt wird".

jenem Jahr ergangenen Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßnahmen der Sicherung und Besserung als Rechtsfolge nur eine Strafe in Frage kam. Dieser Zustand aber änderte sich mit dem Erlaß jenes Gesetzes [3]. Deshalb mußte mit dem Ausführungsgesetz zu dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßnahmen der Sicherung und Besserung vom 17.6.1933 [4] § 465 Abs.1 Satz 1 StPO abgeändert werden und bekam so die heute noch geltende Fassung. Seitdem liegt eine Verurteilung i.S. § 465 Abs.1 Satz 1 StPO immer dann vor, wenn das Urteil einen Schuldspruch enthält und daran irgendwelche Rechtsfolgen knüpft [5]. Eine Verurteilung liegt daher auch dann vor, wenn im Jugendgerichtsverfahren das Gericht eine Erziehungsmaßregel (§§ 9 ff JGG) oder ein Zuchtmittel (§ 13 ff JGG) verhängt [6]. Im Verfahren gegen einen Jugendlichen ist aber die Sonderregelung in § 74 JGG zu beachten, nach der davon abgesehen werden kann, dem jugendlichen Angeklagten Kosten und Auslagen aufzuerlegen [7].

II. Absehen von Strafe und Straffreierklärung

Eine Verurteilung im kostenrechtlichen Sinne liegt auch dann vor, wenn das Gericht von Strafe absieht. Dieser Satz 2 des § 465 Abs.1 StPO kam erst 1952 durch das Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiet des Kostenrechts vom 7.8.1952 in die Strafprozeßordnung hinein [8]. In der Begründung zum Gesetzentwurf heißt es: "Im Absehen von Strafe liegt seinem Wesen nach ein Schuldspruch, selbst wenn der im Interesse der Klarheit empfehlenswerte ausdrückliche Schuldspruch in der Urteilsformel unterlassen worden sein sollte" [9].

Satz 2 dieser Vorschrift bezieht sich auf diejenigen Tatbestände des materiellen

---

3) RGBl.I, 995.
4) RGBl.I, 1000.
5) Vgl. BGH, NJW 1960, 1867. Dieses Urteil ist aber insoweit mißverständlich, als es allgemein von § 465 StPO spricht, anstatt nur von § 465 Abs.1 Satz 1 StPO, denn Abs.1 Satz 2 bestimmt ausdrücklich, daß eine Verurteilung auch dann vorliegt, wenn von Strafe abgesehen wird, wenn also das Urteil keine Rechtsfolgen festsetzt.
6) Vgl. KG, JR 1962, 271.
7) Vgl. Dallinger-Lackner, § 74 JGG.
8) Vgl. BGBl. I, 401.
9) BT, 1. Wahlperiode 1949, Drucksache Nr.3336, Bd.17.

Strafrechts, bei denen das Gesetz das Gericht ermächtigt, unter bestimmten Voraussetzungen von Strafe abzusehen, so z.B. die §§ 82, 89 Abs.3, 90 Abs. 5, 129 Abs.3, 129a Abs.2, 139 Abs.1 Satz 2, 157, 158 Abs.1, 173 Abs.5, 175 Abs.2 StGB, § 21 Abs.2 des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften vom 9.6.1953. Auch die Straffreierklärung nach den §§ 199, 233 StGB ist ein Absehen von Strafe [10], sie wird aber in § 468 StPO einer besonderen Regelung unterworfen [11].

Das "Absehen von Strafe" nach den §§ 82, 89 Abs. 3 StGB usw. unterscheidet sich von der "Straffreierklärung" nach § 199 StGB nur in der Formulierung, nicht aber im Wesen. Alle diese Fälle setzen voraus, daß der Täter tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat. Das Absehen von Strafe ist Schuldspruch ohne Strafausspruch [12]. Würde der Wortlaut im § 199 StGB dahin geändert werden, daß, wenn eine Beleidigung auf der Stelle erwidert wird, das Gericht bei beiden Beteiligten oder einem derselben von Strafe absehen kann, so würde sich sachlich nichts am § 199 StGB ändern [13]. Zudem spricht § 233 StGB, der auch in § 468 StPO geregelt ist, gar nicht von "für straffrei erklärt", sondern von "keine Strafe eintreten lassen".

Warum § 468 StPO nur die in den §§ 199, 233 StGB geregelten Tatbestände einer besonderen Regelung unterwirft und § 468 StPO von "für straffrei erklärt" spricht, wird nur verständlich, wenn man die geschichtliche Weiterentwicklung des Strafgesetzbuches und der Strafprozeßordnung berücksichtigt.

§ 468 StPO zählt zu den wenigen Bestimmungen, die seit Erlaß der Strafprozeßordnung im Jahre 1877 bis heute nicht geändert worden sind. Der Wortlaut stammt somit aus dem Jahre 1877. In jener Zeit hat das Strafgesetzbuch die Möglichkeit des "Absehens von Strafe" wenigstens dem Wortlaut nach noch nicht gekannt. Die einzigen Fälle, bei denen das Gericht von Strafe absehen konnte, waren in § 199 und § 233 StGB geregelt. Deshalb werden im § 468 StPO auch nur diese beiden Fälle erwähnt. Wenn dabei § 468 StPO von "für straffrei erklärt" spricht, so hat er diesen terminus technicus dem Wortlaut des § 199 StGB entnommen. Ein weiterer Fall des "Absehen von Strafe" kommt erst durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28.6.1935 [14] in unser Strafgesetzbuch hinein und zwar mit der

---

10) Vgl. Peters, Strafprozeß, § 23 IV 1c, S.149.

11) So Löwe-Rosenberg, § 465 Anm.I 1b; a.A. KMR § 465 Anm.1a 1, § 468 Anm.1; Schwarz-Kleinknecht, § 465 Anm.1, § 468 Anm.1; Peters, a.a.O., § 51 II, S.403.

12) Vgl. v.Weber, MDR 1956, 707.

13) Vgl. v.Weber, a.a.O.,

14) RGBl. I, 839.

Änderung von § 175 Abs. 2 StGB. Hier findet sich zum erstenmal die Formulierung "von Strafe absehen", die auch in den späteren entsprechenden Änderungen des Strafgesetzbuches immer wieder vorkommt, so z.B. die Änderung durch das Strafrechtsänderungsgesetz vom 30.8.1951 [15]) und durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953 [16]). Das ist auch der Grund, warum erst 1952 der jetzige Satz 2 des § 465 Abs. 1 StPO in diese Norm Eingang gefunden hat und warum diese Bestimmung im Gegensatz zu § 468 StPO von "von Strafe absieht" spricht.

Diese Entwicklung ist nicht ohne Einfluß auf die Bedeutung von § 468 StPO geblieben. Bei Erlaß der Strafprozeßordnung nannte § 465 (§ 497 alte Nummerierung) StPO als Voraussetzung für die Kostentragungspflicht die Verurteilung zu Strafe [17]). § 468 StPO stellte zu diesem Zeitpunkt eine Ausnahme insofern dar, als das Gericht die Befugnis bekam, auch einem für straffrei Erklärten trotz seiner Straffreiheit die Kosten aufzuerlegen. Damit erweiterte § 468 StPO die Kostentragungspflicht. Dieses Verhältnis hat sich seit 1952 umgekehrt. Seit der Änderung des § 465 Abs. 1 StPO durch das Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiet des Kostenrechts vom 7.8.1952 [18]) hat der Verurteilte die Kosten zu tragen, auch wenn das Gericht von Strafe absieht. Da, wie oben ausgeführt, § 465 Abs. 1 Satz 2 StPO auch die Fälle der §§ 199, 233 StGB miterfaßt [19]), besteht die Bedeutung der in § 468 StPO getroffenen Sonderregelung heute darin, daß sie dem Gericht gestattet, in den in § 468 StPO aufgezählten Fällen die Staatskasse die Kosten tragen zu lassen, obgleich eine Verurteilung im kostenrechtlichen Sinne vorliegt. Somit stellt § 468 StPO heute eine Einengung der starren Regelung in § 465 StPO dar. Deshalb hat die früher aus dem Verhältnis des § 468 StPO zu § 465 StPO a.F. entnommene Handhabungsrichtlinie, dem für straffrei Erklärten in der Regel nicht die Kosten aufzuerlegen [20]), heute keine Bedeutung mehr [21]). Heute sind in der Regel dem Betroffenen die Gerichtskosten aufzuerlegen.

§ 468 StPO gibt dem Gericht die Möglichkeit, nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob der Verurteilte oder die Staatskasse die Gerichtskosten zu

---

15) BGBl. I, 739.
16) BGBl. I, 735.
17) Vgl. oben § 3 I.
18) BGBl. I, 401.
19) Vgl. Eb. Schmidt, § 468 Randnr. 2.
20) Vgl. Löwe-Rosenberg, 19. Aufl., § 468 Anm. 1.
21) Vgl. Löwe-Rosenberg, § 468 Anm. 1; a.A. KMR, 5. Aufl., § 468 Anm. 1, der sich noch auf ein altes Urteil des BayObLG, DRZ 1928 Nr. 314, stützt. KMR, 6. Aufl., hat die Beantwortung dieser Frage offen gelassen.

tragen hat. Das Gesetz bestimmt nicht, daß die Staatskasse entweder alle oder gar keine Kosten zu tragen hat. Deshalb kann das Gericht auch die Kosten in angemessener Weise zwischen dem für straffrei Erklärten und der Staatskasse aufteilen, und zwar nach Quoten oder Beträgen oder ausscheidbaren Teilmassen [22].

Daraus ergibt sich, daß eine Kostentragungspflicht des für straffrei Erklärten nach § 468 StPO nur durch eine besondere Verurteilung in die Kosten ausgelöst werden kann und auch nur in dem Umfang, in welchem das Urteil sie dem Betroffenen auferlegt. Da das Gericht auch nur einen Teil der Kosten dem Betroffenen auferlegen kann, muß die Urteilsformel genaue Ausführungen darüber enthalten, welche Kosten der für straffrei Erklärte tragen muß. Das Urteil muß insbesondere auch darüber eine Entscheidung enthalten, wer die Nebenklagekosten zu tragen hat. Diese hat der Betroffene nur dann zu tragen, wenn das Urteil dies expressis verbis bestimmt. Wird er allgemein nur dazu verurteilt, die Kosten des Verfahrens zu tragen, so bedeutet dies, daß er nur die Gerichtskosten zu tragen hat, nicht dagegen auch die Nebenklagenkosten [23]. Anders aber, wenn sich die Kostenentscheidung auf § 465 StPO stützt, da hier die Verpflichtung, die Kosten des Verfahrens zu tragen, auch die Erstattung der Nebenklagekosten umfaßt [24].

III. Maßregeln der Sicherung und Besserung

Gemäß § 465 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative StPO hat der Angeklagte die Kosten des Verfahrens auch ohne Schuldfeststellung zu tragen, wenn gegen ihn eine Maßregel der Sicherung oder Besserung angeordnet worden ist. Der Angeklagte hat daher die Kosten des gesamten Verfahrens auch dann zu tragen, wenn er gemäß § 51 StGB frei gesprochen worden ist, das Gericht aber eine Maßregel der Sicherung oder Besserung angeordnet hat [25]. Aus dem Wortlaut ergibt sich, daß darunter

---

22) Vgl. Löwe-Rosenberg, § 468 Anm. 1; Schwarz-Kleinknecht, § 468 Anm. 1; KMR, § 468 Anm. 2.

23) Vgl. RGSt 44, 333; OLG Hamm, NJW 1959, 1289.

24) Vgl. Eb. Schmidt, § 465 Anm. 9; Löwe-Rosenberg, § 465 Anm. 8; Schwarz-Kleinknecht, § 465 Anm. 4.

25) Erfolgt die Anordnung, den Zurechnungsunfähigen gemäß § 42 b StGB in eine Heil- oder Pflegeanstalt unterzubringen, im Hauptverfahren, dann ist § 465 StPO direkt anzuwenden. Erfolgt dagegen diese Anordnung gemäß § 429 a StPO im Sicherungsverfahren, dann ist nach § 429 b Abs. 1 StPO der § 465 StPO sinngemäß anzuwenden. Die Kostentragungspflicht entsteht in beiden Fällen. Vgl. zum Führerscheinentzug OLG Oldenburg, NJW 1964, 2439 und

nur die in § 42a StGB abschließend aufgezählten Maßregeln zu verstehen sind [26].

IV. Schuldhafte Versäumnis

Der Angeschuldigte, der nicht verurteilt worden ist, hat, sofern nicht gegen ihn gemäß den §§ 42a ff. StGB eine Maßregel der Sicherung oder Besserung angeordnet wird, nicht die Kosten des Verfahrens zu tragen. Von diesem Grundsatz macht § 467 Abs. 1 StPO insofern eine Ausnahme, als er bestimmt, daß dem nicht verurteilten Angwschuldigten solche Kosten auferlegt werden, die er durch eine schuldhafte Versäumnis verursacht hat. Gemeint sind hier aber nur die Kosten einzelner Verfahrensmaßnahmen.

Diese Vorschrift ist, wie das Wort "nur" erkennen läßt, eng und damit zugunsten des Angeklagten auszulegen [27]. Unter schuldhafter Versäumnis ist daher die Versäumung eines Termins oder einer Frist zu verstehen, nicht aber ein sonstiges schuldhaftes Prozeßverhalten [28], wie z.B. die grob-fahrlässige Unterlassung der Vorlage eines Beweismittels oder "frivole" Beweisanträge [29]. Die Vorschrift findet danach hauptsächlich Anwendung, wenn infolge des Nichterscheinens des Angeklagten die Hauptverhandlung vertagt werden muß (§ 230 StPO) und die vergeblich erschienenen Zeugen und Sachverständigen Gebühren verlangen [30]. Dasselbe gilt auch, wenn trotz Ausbleibens des Angeklagten das Gericht verhandeln könnte (§ 232 StPO), es aber das persönliche Erscheinen des Angeklagten angeordnet hat und infolge des Ausbleibens die Hauptverhandlung vertagt, weil es die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung für notwendig erachtet. Dagegen können einem Angeklagten, dessen persönliches Erscheinen nicht ausdrücklich angeordnet worden ist, und der sich gemäß § 411 Abs. 2 StPO durch einen Verteidiger vertreten läßt, nicht die Kosten der durch sein Nichterscheinen verursachten Vertagung auferlegt werden, wenn er nicht zur Hauptverhandlung

---

OLG Hamm, JMBl NRW 1964, 224.

26) So BGH, NJW 1960, 1867.

27) Vgl. BayObLG, DRiZ 24 (1932), S. 240 (Nr. 297); OLG Karlsruhe, NJW 1961, 1128; Eb. Schmidt, § 467 Randnr. 6; KMR, § 467 Anm. 2; Schwarz-Kleinknecht, § 467 Anm. 6.

28) Vgl. RGSt 49, 58; OLG Karlsruhe, a.a.O.

29) Vgl. Kohlrausch, § 467 Anm. 4.

30) Vgl. RGSt 49, 58.

erscheint [31]).

Die Pflicht, bestimmte Kosten zu tragen, besteht nur bei einer schuldhaften Versäumnis. Für alle anderen durch sein Verschulden verursachten Mehrkosten braucht der Angeklagte nicht aufzukommen. So hat er die durch unnütze Beweisanträge entstandenen Mehrkosten nicht zu tragen, selbst wenn die Beweisanträge nur der Prozeßverschleppung gedient haben [32]) [33]).

V. Rechtskräftiges Urteil

Maßgebend für die Kostenentscheidung ist das rechtskräftige Urteil. Erst wenn das Urteil rechtskräftig geworden und das Verfahren damit zur Ruhe gekommen ist, steht endgültig fest, ob der Angeklagte verurteilt oder freigesprochen worden ist. In welcher Instanz das rechtskräftige Urteil gefällt worden ist, spielt keine Rolle. Die Pflicht, die Kosten des ganzen Verfahrens zu tragen, ist die gesetzliche Folge der Verurteilung. Sie trifft den Verurteilten auch dann, wenn er in erster Instanz freigesprochen und erst in höherer Instanz verurteilt worden ist. Der Angeklagte hat daher stets auch dann die durch mehrere Instanzen entstandenen Mehrkosten zu tragen, wenn diese durch eine falsche Beurteilung eines Instanzgerichts entstanden sind [34]) [35]).

---

31) Vgl. LG Hildesheim, NJW 1964, 2124. Siehe auch Beisp. in KMR, § 467 Anm. 2.

32) Vgl. Eb. Schmidt, § 467 Rdnr. 6.

33) Da nach § 467 Abs. 1, 2. Halbsatz StPO nur Teilkosten dem Angeklagten auferlegt werden können, ist es erforderlich, daß die Teilkosten im Urteil oder Beschluß so gekennzeichnet werden, daß sie von der Geschäftsstelle des Gerichts berechnet werden können.

34) Vgl. RG, Recht 1918, Nr. 458; OLG Stuttgart, JW 1928, 2294. Nach BGH (2. StS.) NJW 1960, 109, hat der Verurteilte auch dann die ganzen Kosten zu tragen, wenn es noch nach der Rechtskraft der gerichtlichen Strafverfügung oder des Strafbefehls durch ein Versehen des Tatrichters zu einem Urteil und damit zu einem Revisionsverfahren kommt. Dagegen kann nach Ansicht des 4. Strafsenats des BGH, NJW 1959, 1694, derjenige, der ein Rechtsmittel einlegt, auch damit rechnen, daß das Revisionsgericht das angefochtene Urteil unter Umständen wegen sachlicher Unzuständigkeit ohne sachliche Prüfung aufhebt. Geschieht dies, so darf der Angeklagte indes mit den durch die 1. Berufungsverhandlung entstandenen ausscheidbaren Mehrkosten nicht belastet werden.

35) Für die Anwendbarkeit des § 7 GKG ist in der Regel kein Raum, denn eine

VI. Tod des Verurteilten

1. Stirbt ein Verurteilter vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils, so kann die Rechtskraft nicht mehr eintreten, auch wenn der Verurteilte kein Rechtsmittel einlegen wollte oder konnte. Mit dem Tod des noch nicht rechtskräftig Verurteilten entfällt ein Prozeßsubjekt, so daß sich das Verfahren von selbst erledigt, ohne daß es einer besonderen Einstellung durch das Gericht bedarf[36]). Damit entfällt auch die Möglichkeit, daß das Urteil noch rechtskräftig werden kann. Wenn nun § 465 Abs. 2 StPO bestimmt, daß der Nachlaß nicht für die Kosten des Verfahrens haftet, wenn der Verurteilte vor Eintritt der Rechtskraft stirbt, so besagt die Bestimmung nichts Neues, sondern zieht die Konsequenz aus der Tatsache, daß dieses Urteil keine Rechtswirkungen entfalten kann. Gemäß § 9 Abs. 2 GKG werden die Kosten, die dem Verurteilten zur Last fallen, erst mit der Rechtskraft des Urteils fällig. Vor Rechtskraft kann das Urteil mit dem Kostenausspruch nicht vollstreckt werden. Weshalb im Einzelfall das Urteil nicht rechtskräftig werden kann, ist ohne Bedeutung. § 465 Abs. 2 StPO findet auch dann Anwendung, wenn der Verurteilte Selbstmord begangen hat[37]), und sei es auch gerade deshalb, um die Folgen des Urteils von sich bzw. seinen Angehörigen abzuwenden. Eine dem § 162 BGB entsprechende Bestimmung kennt die Strafprozeßordnung nicht.

2. Stirbt der Verurteilte nach eingetretener Rechtskraft des Urteils, so haftet nach § 30 StGB der Nachlaß des Verurteilten, obgleich die Strafe etwas Höchstpersönliches sein und bleiben sollte[38]), und damit für eine Vererblichkeit kein Raum ist[39]). In dieser Norm, die den heutigen Anschauungen nicht mehr gerecht wird[40]), wird mit Recht ein Ausdruck fiskalischer Habgier gesehen[41]). Zum Teil wird angenommen, diese Vorschrift sei verfassungswidrig und damit nichtig[42]).

---

unrichtige Sachbehandlung liegt nur bei Verfahrensfehlern vor, die einen offensichtlichen Verstoß gegen klare gesetzliche Bestimmungen darstellen oder auf einem offenbaren Versehen beruhen. Vgl. BGH, MDR 1953, 45.

36) Vgl. Eb. Schmidt, Bd. 1, Rdnr. 149, m. z. Hinw.

37) Vgl. Eb. Schmidt, § 465 Anm. 14.

38) So Baumann, Strafrecht, § 40 IV, S. 648; Maurach, § 59 III C 1, S. 693.

39) So Tiedemann, GA 1964, 372 m. w. Hinw.

40) So Schönke-Schröder, § 30 Randnr. 1.

41) Vgl. Baumann, a. a. O.;; Maurach, a. a. O.; Tiedemann, a. a. O.

42) So Tiedemann, a. a. O.

§ 4 BEGRIFF DER TAT I.S. DES § 465 ABS.1 StPO

1. Gemäß § 465 Abs.1 StPO hat der Verurteilte die Kosten des Verfahrens insoweit zu tragen, als sie durch das Verfahren wegen einer Tat entstanden sind, wegen derer er verurteilt worden ist. Nach der h.M. in Rechtsprechung und Lehre besagt diese Vorschrift nur, daß, wenn mehrere selbständige Taten Gegenstand des Verfahrens sind, der Angeklagte aber bezüglich eines Teils dieser Taten freigesprochen worden ist, er die ausscheidbaren Kosten nicht zu tragen hat, die sich allein auf den freisprechenden Teil des Urteils beziehen [1]. Die Tat müsse immer als ein Ganzes betrachtet werden und könne nicht in einzelne rechtliche Gesichtspunkte zerlegt werden. Der Angeklagte könne wegen ein und derselben Tat nur entweder freigesprochen oder verurteilt werden. Maßgebend für die Kostenentscheidung sei daher nur, ob der Angeklagte uneingeschränkt verurteilt worden ist. So müsse erjenige Angeklagte, der uneingeschränkt verurteilt worden ist, immer die Kosten des gesamten Verfahrens tragen, wobei es keine Rolle spiele, ob die Verurteilung aus einem milderen Strafgesetz als dem in der durch den Eröffnungsbeschluß zugelassenen Anklage angenommenen Erfolg, oder der Eröffnungsbeschluß Idealkonkurrenz mehrerer Strafgesetzt annimmt, und der Angeklagte nur unter einem der angeführten rechtlichen Gesichtspunkte verurteilt wird, da in allen diesen Fällen für einen Freispruch von dem ursprünglichen Vorwurf kein Raum sei [2].

Diese von der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung vertretene Auslegung des § 465 Abs.1 StPO hat zur Folge, daß, wenn der Eröffnungsbeschluß Fortsetzungszusammenhang angenommen hat, also die dem Angeklagten zur Last gelegten Handlungen zu einer Einheit zusammengefaßt worden sind, hinsichtlich der Kosten folgende Fälle zu unterscheiden sind: Nimmt auch das

---

1) Vgl. OLG Celle, Nds. Rpfl. 965, 47.

2) Vgl. BGH, VRS 1966, 265; OLG Hamm, JMBl NRW 1964, 45; OLG Hamburg, DAR 1965, 22; Fuhrmann-Dalcke-Schäfer, § 465 Anm.1, die sich noch auf eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1916 stützen und dabei übersehen, daß § 465 Abs.1 StPO seine jetzige Fassung erst 1933 durch das Ausführungsgesetz zu dem Gesetz für gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24.11.1933 erhalten hat. Vgl. auch Eb.Schmidt, § 465 Rdnr.3; KMR, § 465 Anm.2; Löwe-Rosenberg, § 465 Anm.II 1,2; Schwarz-Kleinknecht, § 465 Anm.3; H.W.Schmidt, SchlHA 1965, 102 m.w.Hinw.

Gericht eine fortgesetzte Tat an, so erfolgt eine uneingeschränkte Verurteilung auch dann, wenn nicht alle Teilhandlungen nachgewiesen werden können. Eine Freisprechung bezüglich der nicht erwiesenen Einzelhandlungen kann nach der herrschenden Meinung nicht erfolgen [3]. Das bedeutet, daß nach dem oben Gesagten der Angeklagte auch dann die volle Kostenlast zu tragen hätte, wenn bei einer Vielzahl in der Anklageschrift aufgeführten Einzelhandlungen alle bis auf zwei nicht bewiesen werden können [4]. Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn alle bis auf eine einzige Einzelhandlung nicht bewiesen werden, denn Gegenstand des Urteils sei dann nicht mehr eine fortgesetzte Handlung, sondern eine Einzelhandlung. Hier erfolge nur wegen der einen Einzelhandlung eine Verurteilung und bezüglich der anderen nicht erwiesenen Handlungen werde der Angeklagte freigesprochen [5], weshalb er auch insoweit nicht die Kosten des Verfahrens zu tragen habe. Dasselbe gelte, wenn die Anklageschrift Fortsetzungszusammenhang annimmt, von diesen Einzelhandlungen aber ein Teil nicht nachgewiesen werden kann, und hinsichtlich des anderen Teils das Gericht selbständige Straftaten annimmt [6], oder wenn die Anklageschrift dem Angeklagten nur einen Teil der strafbaren Handlungen nachweisen kann und bei diesen Fortsetzungszusammenhang annimmt [7], denn auch hier müsse der Angeklagte bezüglich der nicht erwiesenen Handlungen freigesprochen werden.

Legt man die Kostenregelung so aus, wie es die herrschende Meinung tut, so gelangt das Gericht nur zu groben Ergebnissen, bei denen Härten nicht vermieden werden können, denn der verurteilte Angeklagte hat die gesamten Auslagen der Staatskasse auch dann zu tragen, wenn die Ermittlungen der Polizei, die Vernehmung von Zeugen und die Ladung von Sachverständigen nicht aus demselben rechtlichen Gesichtspunkt erfolgt sind, aus dem das Gericht die Verurteilung ausspricht. Das bedeutet, daß der Angeklagte, der wegen Betrugs in Idealkonkurrenz mit Urkundenfälschung angeklagt worden ist, der aber dann nur wegen Betrugs verurteilt wird, auch die Untersuchungskosten bezüglich der Urkundenfälschung zu tragen hat, die sehr

---

3) Vgl. RGSt 39, 146; 57, 302; BGHSt 9, 324; Löwe-Rosenberg, § 260 Anm. 4 m.w.Hinw.; Schwarz-Kleinknecht, § 260 Anm. 3 Bc; a.A. Peters, Strafprozeß, § 51 II 2, S. 404: "Entfällt eine Handlung aus dem Fortsetzungszusammenhang, so stellt sie einen Einzelakt dar, der einen Urteilsausspruch erfordert."

4) Vgl. KMR, § 465 Anm. 2a; Löwe-Rosenberg, § 465 Anm. II 1.

5) Vgl. BGH, NJW 1951, 411.

6) Vgl. RGSt 57, 302; BGH, NJW 1951, 411.

7) Vgl. BGH, NJW 1952, 432.

hoch sein können[8], oder daß der Angeklagte, der wegen Fahrens im fahruntüchtigen Zustand (§ 315c StGB) in Idealkonkurrenz mit einer Übertretung der Straßenverkehrsordnung angeklagt worden ist, auch dann der Staatskasse die Kosten für die Blutprobeentnahme, die Blutalkoholuntersuchung und den Sachverständigen zu ersetzen hat, wenn er nur wegen einer Übertretung, bezüglich der er schon von Anfang an geständig war, verurteilt wird[9]. Derartige Ergebnisse können aber nicht befriedigen. Dem Angeklagten darf nicht die Tatsache kostenmäßig angelastet werden, daß die Ermittlungen zum Teil in eine falsche Richtung gelaufen sind[10].

Um diese durch die starre Kostenregelung hervorgerufenen Härten zu mildern, haben zahlreiche Entwürfe einer Strafprozeßordnung auch eine Änderung der Kostenregelung beabsichtigt. So hat schon der Entwurf des Reichsjustizamts von 1908 in § 485 folgende Regelung vorgesehen[11]: "Die Kosten des Verfahrens sind vom Angeklagten zu tragen, wenn er zu Strafe verurteilt ist. Die Auslagen[12] können zum Teil der Staatskasse auferlegt werden, wenn dies mit Rücksicht auf die Behandlung der Sache, insbesondere auf die Vornahme von Untersuchungshandlungen, die für die Verurteilung nicht in Frage kommen, zur Vermeidung besonderer Härten angemessen erscheint"[13]. Noch weiter gehend ist § 464 des Entwurfs von 1939: "Das Gericht kann bei der Entscheidung über die Kosten und die notwendigen Auslagen der Beteiligten von den vorstehenden Vorschriften abweichen, wenn ihre Beachtung wegen außergewöhnlicher Umstände des Verfahrens zu einer unbilligen Härte gegenüber den Beteiligten oder zu einer ungerechtfertigten Belastung der Reichskasse führen würde".

---

8) Beisp. von Peters, § 80 II 2, S. 616.

9) Beispiel von H. W. Schmidt, SchlHA 1965, 101 ff.;

10) Zu weit geht Gerber, S. 33, wenn er fordert, daß der Verurteilte sogar "für die ihm aus der schwereren Qualifizierung des Tatbestandes erwachsenen Nachteile entschädigt" werden soll.

11) Vgl. Materialien zur Strafrechtsreform, Band 11.

12) Gemeint sind die Auslagen der Staatskasse.

13) Ähnlich § 485 der Reichstagsvorlage vom November 1909 (Materialien zur Strafrechtsreform, Band 12); § 458 i.d.F. der Beschlüsse der 7. Kommission des Reichstags in 2. Lesung 1909 - 1911 (Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 13); vgl. auch § 470 Reichstagsvorlage 1919 (vgl. Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 14).

Einer gesetzlichen Änderung der Regelung in § 465 Abs.1 Satz 1 StPO bedarf es aber dann nicht, wenn diese Bestimmung eine Auslegung zuläßt, die zu gerechten Ergebnissen führt.

II. Bei der Auslegung des § 465 Abs.1 Satz 1 StPO ist zu berücksichtigen, daß diese Bestimmung ihre jetzige Fassung erst 1933 durch das Ausführungsgesetz zu dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24.11.1933[14]) erhalten hat, weshalb es auch verfehlt ist, auf die vor diesem Zeitpunkt ergangenen Entscheidungen des Reichsgerichts zu verweisen[15]). Die Kostentragungspflicht bei einer Verurteilung war zuvor in § 465 Abs.1[16]) und § 466 Abs.1 StPO[17]) geregelt. Letztere Bestimmung wurde mit der Neufassung von § 465 StPO aufgehoben. Aus dem Wortlaut "mehrere strafbare Handlungen" in § 466 Abs.1 StPO a.F. wurde damals mit Recht geschlossen, daß sich diese Bestimmung nur auf den Fall konkurrierender Handlungen beziehen kann[18]). Fraglich ist, ob mit der Änderung des Wortlauts nicht auch eine Änderung des Inhalts erfolgt ist.

Unser Strafrecht kennt keinen einheitlichen Begriff der Tat. Nach h.M. hat der verfahrensrechtliche Begriff der Tat mit dem, was im Sinne der in der Anklageschrift herangezogenen gesetzlichen Tatbestände als Handlung im materiallrechtlichen Sinne aufzufassen ist (§§ 73, 74 StGB), nichts gemein[19]). Ein und dieselbe Tat im Sinne des § 264 StPO kann auch dann gegeben sein, wenn zwei Handlungen sich nicht einmal teilweise decken

---

14) RGBl. I, 1000.

15) Siehe oben Fußn.3.

16) § 465 Abs.1 a.F.: "Die Kosten, mit Einschluß der durch die Vorbereitung der öffentlichen Klage und die Strafvollstreckung entstandenen, hat der Angeklagte zu tragen, wenn er zu Strafe verurteilt wird."

17) § 466 Abs.I a.F.: "Wenn ein Angeklagter in einer Untersuchung, welche mehrere strafbare Handlungen umfaßt, nur in Ansehung eines Teils derselben verurteilt wird, durch die Verhandlungen der übrigen Straffälle aber besondere Kosten entstanden sind, so ist er von der Tragung zu entbinden."

18) Vgl. RGSt 12, 87; 15, 105; 52, 190; Friedenreich, S.20; Bennecke-Beling, S.459 Anm.8; Löwe, 1.Aufl. des Kommentars zur Strafprozeßordnung, § 498 Anm.1.

19) Vgl. BGHSt 10, 396; Eb.Schmidt, Bd.1, Randnr.295 ff.; KMR, 264 Anm.4; Löwe-Rosenberg, § 264 Anm.2 m.w.Hinw.

und deshalb im materiellen Recht nach Grundsätzen der Realkonkurrenz zu behandeln sind [20]. Wenn nun die h.M. bei der Kostenentscheidung darauf abstellt, ob der Angeklagte uneingeschränkt verurteilt worden ist, dann faßt sie den Begriff der Tat in § 465 StPO rein materiellrechtlich auf und nicht im Sinne der §§ 155 und 264 StPO, die ebenfalls den Begriff "Tat" verwenden. Es ist sogar schon umstritten, ob der Begriff der Tat in § 155 und § 264 StPO derselbe ist [21]. Kann aber der Begriff "Tat" einen verschiedenen Inhalt haben, dann ist auch die Möglichkeit gegeben, diesen Begriff in § 465 Abs.1 StPO im Sinne von Tatbestandsverwirklichung zu verstehen, zumal eine derartige Auslegung der Sprache keineswegs Gewalt antut. So hat auch das LG Nürnberg-Fürth [22] in seinem Beschluß vom 1.11.1955 die Ansicht vertreten, daß die im Jahre 1933 erfolgte Neufassung des § 465 Abs.1 StPO durchaus die Auslegung zulasse, daß ein Angeklagter, dem mehrere ideal konkurrierende Delikte zur Last gelegt werden, die Verfahrenskosten nur insoweit zu tragen habe, als er verurteilt worden ist, also nicht auch diejenigen Verfahrenskosten zu tragen hat, die z.B. durch eine Beweisaufnahme über weitere ideal konkurrierende Delikte entstanden sind, in denen keine Verurteilung erfolgen konnte. Mit Recht weist Peters [23] darauf hin, daß die Regelung des § 465 Abs.1 StPO nicht nur für weggefallene selbständige Vorgänge, sondern auch für entfallende rechtliche Gesichtspunkte gelten muß [24]. Sinn und Zweck der Vorschrift des § 465 Abs.1 StPO ist es, den Angeklagten die ausscheidbaren Auslagen der Staatskasse insoweit nicht tragen zu lassen, als er sie nicht durch eine Tatbestandsverwirklichung, wegen derer er verurteilt worden ist, verursacht hat.

Es mag sein, daß der Gesetzgeber 1933 davon ausgegangen ist, die erweiterte Fassung des bisherigen § 465 StPO enthalte bereits das, was § 466 StPO in der damals geltenden Form bestimmt habe, und deshalb könne diese Bestimmung gestrichen werden [25], aber für die Auslegung eines Gesetzes ist nicht die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung entscheidend. Maßgebend ist allein, der in der Gesetzesvorschrift zum Ausdruck kommende

---

20) Vgl. BGH, JZ 1957, 29 ff., mit Anmerkung von Jeschek; Schwarz-Kleinknecht, § 264 Anm.1.

21) Vgl. Peters, § 36 II, S.243.

22) NJW, 1956, 154.

23) Strafprozeß, § 80 II 2, S.616.

24) So auch von Hippel, S.691.

25) Darauf weist Schäfer in Löwe-Rosenberg, § 465 Anm.2, hin.

objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist 26).

Der Verurteilte ist somit in Bezug auf die Kosten und Auslagen der Staatskasse so zu stellen, wie wenn das Strafverfahren gegen ihn nur bezüglich der Straftaten durchgeführt worden wäre, wegen derer er verurteilt worden ist. Deshalb fallen nur die ausscheidbaren Kosten des Verfahrens der Staatskasse zur Last, d.h., die Staatskasse hat die Kosten zu tragen, die den Betrag übersteigen, der entstanden wäre, wenn der Angeklagte nur dem Vorwurf ausgesetzt gewesen wäre, die Tatbestandsverwirklichung begangen zu haben, wegen derer er dann auch bestraft worden ist. Das bedeutet, daß für jeden Rechnungsposten der Betrag der Mehraufwendung errechnet werden muß. Es darf also nicht eine bruchteilmäßige Verteilung der Kosten des Verfahrens erfolgen 27) 28).

---

26) Vgl. BVerfGE 1, 299 u. 312.

27) Vgl. BGH, NJW 1960, 878.

28) § 471 Abs. 3 Ziff. 1 StPO enthält keinen das gesamte Kostenrecht beherrschenden Grundgedanken. Deshalb kann diese Bestimmung, nach der die Kosten des Verfahrens angemessen verteilt werden können, wenn den Anträgen des Privatklägers nur z.T. entsprochen worden ist, nicht auf das Offizialverfahren entsprechend angewendet werden. Vgl. H.W. Schmidt, SchlHA 1965, 102.

§ 5 EINWIRKUNG DER MRK AUF DEN UMFANG DER KOSTENTRAGUNGSPFLICHT

I. Allgemeines

Am 4. November 1950 wurde innerhalb der westeuropäischen Gemeinschaft von den Mitgliedstaaten des Europarates in Rom die "Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten" abgeschlossen und von der Bundesrepublik Deutschland auf Grund des Gesetzes vom 7. August 1952 ratifiziert[1]. Diese Konvention trat am 3. September 1953 mit der Hinterlegung der 10. Ratifikationsurkunde in Kraft[2]. Inzwischen ratifizierten alle Mitgliedstaaten des Europarates mit Ausnahme Frankreichs diese Konvention. Die Konvention wurde am 20. März 1952 durch ein Zusatzprotokoll ergänzt, das am 18. Mai 1954 in Kraft trat[3].

Die Konvention beschränkt sich, ähnlich wie das Grundgesetz und im Gegensatz zu der am 10. Dezember 1948 vor der Generalversammlung der Vereinten Nationen verkündeten "Universellen Deklaration der Menschenrechte", im wesentlichen auf die Garantie der klassischen Individualrechte. Sie unterscheidet sich von der Menschenrechtsdeklaration der Vereinten Nationen vor allem dadurch, daß sie keine bloße Empfehlungen enthält, sondern die Vertragsparteien bindet[4].

Sinn der Menschenrechtskonvention ist es, den einzelnen Staatsbürger gegen einen Mißbrauch staatlicher Gewalt zu schützen. Durch die in der Menschenrechtskonvention aufgeführten Menschenrechte und Grundfreiheiten haben staatliche Eingriffe insoweit eine Einschränkung erfahren, als durch sie nicht der Wesensgehalt der geschützten Rechte - im Sinne des Art.19 Abs.2 GG - angetastet werden darf[5] und zu deren Schutz ein europäisches Rechtsschutzverfahren errichtet worden ist.

Der Rechtsschutz gegen Störungen der in der Menschenrechtskonvention verbürgten Grundrechte liegt neben dem innerdeutschen Rechtsschutzsystem in den Händen der Europäischen Kommission für Menschenrechte (KfM), des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (GfM) und des Ministerausschusses des Europarates.

---

1) BGBl. II, 685, ber. S.953.
2) BGBl. II, 1954 S.14.
3) Zur Entstehungsgeschichte vgl. Jescheck, NJW 1954, 783 ff.; Appell, S.3 ff.
4) Vgl. Art.1 MRK: "Die Hohen Vertragschließenden Teile sichern allen ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen, die im Abschnitt 1 dieser Konvention niedergelegten Rechte und Freiheiten zu".
5) Vgl. Jescheck, NJW 1954, 784.

Als wichtige Neuerung regelt Art. 25 MRK das unmittelbare Beschwerderecht des betroffenen Bürgers bei der Europäischen Kommission für Menschenrechte wegen Verletzung der in der Menschenrechtskonvention anerkannten Rechte, vorausgesetzt daß der Staat, gegen den sich eine Beschwerde richtet, eine Erklärung darüber abgegeben hat, daß er bereit sei, Beschwerden von Einzelpersonen gegen sich gelten zu lassen [6]). Eine derartige Erklärung hat die Bundesrepublik Deutschland am 6.7.1955 abgegeben. Die Beschwerde kann sich nicht nur gegen einen fremden, sondern auch gegen den eigenen Staat richten [7]). Die Europäische Kommission für Menschenrechte kann aber erst nach Erschöpfung des nationalen Rechtsweges angerufen werden [8]). Somit gibt es für die Grundrechte, die sowohl durch das Grundgesetz als auch durch die Menschenrechtskonvention geschützt sind, über die Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht hinaus noch eine weitere Beschwerde [9]) an die europäische Instanz. Damit ist eine wirksame Garantie der Menschenrechte geschaffen worden.

Die Menschenrechtskonvention ist von der Bundesrepublik Deutschland nicht nur völkerrechtlich ratifiziert, sondern auch in innerstaatliches Recht transformiert worden. Durch das Zustimmungsgesetz vom 7.8.1952 ist nach herrschender Meinung die Menschenrechtskonvention Gesetz im materiellen Sinn geworden, das Rechte und Pflichten des Staatsbürgers entstehen läßt. [10]). Somit sind die Be-

---

6) Wortlaut des Art. 25 MRK: "Die Kommission kann durch eine an den Generalsekretär des Europarates gerichteten Beschwerde jeder natürlichen Person, nicht staatlichen Organisationen oder Personenvereinigungen angegangen werden ...".

7) Eine solche Individualbeschwerde stellt ein Novum in der Geschichte des Völkerrechts dar.

8) Vgl. Art. 26 MRK.

9) Jescheck, NJW 1954, 785, Fußn. 36, spricht von einer sogen. "Superbeschwerde".

10) So BGHZ 25, 60; 27, 284; 45, 46; BGH St 13, 102; 14, 358; 20, 18; 20, 143; BayVGH, DVBl 1957, 57; OVG Münster, NJW 1956, 1375; OLG Bremen, NJW 1960, 1265; Maunz-Dürig, Art. 1 GG Rd. Nr. 59; Arndt, DRiZ 1966, 76; Echter-Hölter, JZ 1955, 669; Süsterhenn, DVBl 1955, 754; Golsong, JöR, NF 10, S. 130; ders., DVBl 1958, 809; Guradze, DÖV 1960, 286; ders., Festschrift, Bd. 2, 759 ff.; v. Stackelberg, Anm. zum Beschluß des OLG Bremen, NJW 1960, 1265; Friesenhahn, der internationale Schutz, S. 45; Münch, JZ 1961, 153 ff.; Woesner, NJW 1961, 1383; Überblick bei Morvay, S. 91 ff. und Golsong, JöR, NF 10, S. 131 m. z. Hinw. aus der Rspr. Vgl. auch BVerfGE 6, 290 (294): "Die rechtliche Bedeutung solcher (Zustim-

stimmungen der Menschenrechtskonvention unmittelbar verbindliches innerstaatliches Recht und damit integrierende Bestandteile der innerstaatlichen Gesetzgebung geworden. Die Verletzung der in der Menschenrechtskonvention gewährleisteten Rechte und Freiheiten durch das Gericht begründen daher die Revision (§ 337 StPO).

Nach Ansicht von Henrich liegt die Bedeutung der Konvention nur in dem Rechtsschutz, den sie gegen Grundrechtsverstöße gewähre, sie könne dagegen nicht deutsches Recht ändern[11]. Sie sei sprachlich viel zu ungenau, um "self executing" sein zu können. Dieser Ansicht kann nur insoweit zugestimmt werden, als nicht alle Teile der Konvention materielles innerstaatliches Recht darstellen. Jedenfalls sind die Bestimmungen des Teil 1 der Menschenrechtskonvention sprachlich so genau festgelegt, daß sie "self executing" sind und deshalb auf Grund des Zustimmungsgesetzes ohne besondere staatliche Durchführungsgesetzgebung Bestandteil innerstaatlicher Rechtsordnung geworden sind. Schwierigkeiten in der Anwendung ergeben sich nicht aus den angeblich unbestimmten Formulierungen der einzelnen Bestimmungen, sondern daraus, daß nur der englische und französische, nicht aber der deutsche Text authentisch ist. Deshalb scheidet oft eine strenge Wortinterpretation aus. Der Bundesgerichtshof[12] weist aber darauf hin, daß neben dem englischen und französischen Text auch der deutsche herangezogen werden könne, da die Bundesregierung den Beratungen der Gesetzgebungsorgane der Bundesrepublik Deutschland eine deutsche Übersetzung zu Grunde gelegt habe, von der in den Beratungen des Rechtsausschusses ausdrücklich erklärt worden sei, daß sie ebenfalls als authentisch angesehen werden solle.

Ging der Gesetzgeber anfangs davon aus, daß die einzelnen Bestimmungen der Konvention für unsere Rechtsordnung nichts Neues bringen würden, da das bisher geltende Recht mit der Konvention im völligen Einklang stehe, so hat doch die Menschenrechtskonvention neben dem Grundgesetz, wenn auch in weit geringerem Maße, Einfluß auf unser Recht genommen[13]. Im wesentlichen sind auch die Indi-

---

mungs-)gesetze erschöpft sich nicht darin, daß von ihrem Erlaß das verfassungsmäßige Zustandekommen des Vertrages abhängt. Sie transformieren zugleich den Inhalt des völkerrechtlichen insoweit in innerstaatliches Recht, als sie ihn sowohl für staatliche Organe als auch - falls er sich auf das rechtliche Verhalten des Bürgers bezieht - für diese verbindlich machen". Allgemein zu diesem Problem vgl. Maunz-Dürig, Art. 59 GG Rdnr. 22 ff.; v. Mangoldt-Klein, Art. 59 GG Anm. 7.

11) MDR 1955, 140; NJW 1959, 1529, Buchrezension.

12) BGHZ 45, 58 ff. Vgl. hierzu Herzog, JZ 1966, 657 ff.

13) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 2 GG Rdnr. 61 ff.

vidualrechte der Menschenrechtskonvention schon durch die Grundrechte unserer Verfassung geschützt. Insoweit liegt die Bedeutung der Menschenrechtskonvention darin, daß die Grundrechtsgarantien der Verfassung noch über Art. 19 Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG hinaus durch einen völkerrechtlichen Vertrag, der auf unbestimmte Zeit geschlossen und nur gemäß Art. 65 MRK gekündigt werden kann, verstärkt sind, und daß sie, wie Dürig meint, "wohl selbst ein Ende des Grundgesetzes (Art. 146 GG) überdauern müßte" [14]. In manchen Bestimmungen der Menschenrechtskonvention ist der Individualschutz des Grundgesetzes umfassender, in anderen Normen dagegen bleibt der Schutz, den das Grundgesetz dem einzelnen gewährt, hinter dem der Menschenrechtskonvention zurück. Insoweit die durch die Menschenrechtskonvention gewährten Grundrechte hinter den innerstaatlichen Garantien zurücktreten, ist dies auf das innerstaatliche Recht ohne Bedeutung, denn in Art. 60 MRK ist festgelegt, daß keine Bestimmung dieser Konvention als Beschränkung oder Minderung eines der Menschenrechte und Grundfreiheiten ausgelegt werden darf, die in den Gesetzen einer "Hohen Vertragsschließenden Partei" oder einer anderen Vereinbarung, an der sie beteiligt ist, festgelegt sind. Gehen aber die in der Menschenrechtskonvention gewährleisteten Menschenrechte und Grundfreiheiten über die deutschen Grundrechtsbestimmungen hinaus, so liegt eine echte Erweiterung des Bundesrechts vor, zu deren Anwendung die deutschen Gerichte verpflichtet sind. Hierbei ist insbesondere Art. 6 MRK mit seinen Prozeßrechtsgarantien zu nennen [15] [16].

II. Kosten eines Verteidigers

Nach Art. 6 Abs. 3c MRK hat jeder Angeklagte das Recht, falls er nicht über die Mittel zur Bezahlung eines Verteidigers verfügt, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist. Nach h. M. bedeutet der Begriff "unentgeltlich" nur, daß die Bestellung eines Pflichtverteidigers nicht davon abhängig gemacht werden darf, daß der Betreffende einen Vorschuß geleistet hat. Der Vorschrift stehe es nicht entgegen, wenn der Verurteilte die Kosten des Pflichtverteidigers nachträglich unter bestimmten

---

14) Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 2 GG Rdnr. 60.

15) Vgl. hierzu Guradze, Der Stand der Menschenrechte, S. 196 ff.; Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 67 ff.; Appell, S. 38 ff.

16) Zu Art. 6 Abs. 2 MRK siehe unten § 10.

Voraussetzungen erstatten muß[17]. Damit hätte die Bestimmung für unsere Rechtsordnung keine große Bedeutung, da in zahlreichen Fällen gemäß den §§ 140, 141 StPO dem Angeklagten ein Pflichtverteidiger bestellt werden muß, sofern er keinen Verteidiger gewählt hat, und der Pflichtverteidiger gemäß § 100 BRAGebO von dem Beschuldigten keinen Vorschuß verlangen darf.

Diese Auslegung ist zu eng und wird dem Begriff "unentgeltlich" nicht gerecht. Unentgeltlich ist gleichbedeutend mit "umsonst" und ist im Sinne von "kostenlos" zu verstehen. Dies wird ganz deutlich, wenn man den englischen Text[18] heranzieht. Dort heißt es, der Verteidiger ist "to be given free". Hat aber der Angeklagte einen Anspruch auf einen kostenlosen Verteidiger, dann widerspricht es dem Wortlaut dieser Bestimmung, wollte man nachträglich dem Verurteilten die Kosten des Verteidigers aufbürden[19]. Das gilt auch für den Fall, daß der Verurteilte später wieder zu Geld kommen sollte. Art. 6 Abs. 3c MRK sieht somit für bestimmte Fälle eine Ausnahme von der Regelung in § 92 Ziff. 7 GKG vor, wonach zu den Auslagen, die der Verurteilte dem Gericht zu erstatten hat, auch die an einen Rechtsanwalt zu zahlenden Beträge gehören.

III. Kosten eines Dolmetschers.

Dasselbe Problem stellt sich bei Art. 6 Abs. 3e MRK, der bestimmt, jeder Angeklagte kann die unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers verlangen, wenn er die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder sich nicht darin aus-

---

17) Vgl. Löwe-Rosenberg, § 465 Anm. IV 2; Schwarz-Kleinknecht, Art. 6 MRK Anm. 10 c. Anscheinend auch Schorn, Europäische Konvention, Art. 6 Abs. 3c Anm. 4, 5, der zu dem Ergebnis gelangt, die Regelung des Art. 6 Abs. 3c MRK stehe mit dem deutschen Recht in Einklang.

18) Wortlaut der englischen Fassung des Art. 6 Abs. 3c MRK: "Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights ... to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require."
Wortlaut der französischen Fassung: "Tout accusé a droit notament a ... se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent."

19) A. A. Schwarz-Kleinknecht, Art. 6 MRK Anm. 10 c.

drücken kann. Auch hier ist unentgeltlich im Sinne von "kostenlos" zu verstehen [20]. Die Beiziehung eines Dolmetschers hat nicht nur einstweilen unentgeltlich zu erfolgen. Auch nach Rechtskraft des Urteils darf der Verurteilte nicht mit den Kosten eines Dolmetschers belastet werden [21]. Eine andere Auslegung widerspricht dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck dieser Rechtsvorschrift, nämlich Ausländer vor einer Benachteiligung gegenüber Inländern im Gerichtsverfahren zu schützen. Eine Benachteiligung läge aber vor, wenn der Ausländer deshalb höhere Kosten zu zahlen hätte, weil er bzw. das Gericht auf einen Dolmetscher angewiesen war. Dem Verurteilten können daher nicht gemäß § 465 Abs. 1 StPO, § 92 Nr. 4 GKG in Verbindung mit den §§ 16, 17 ZuSEntschG auch die Kosten des Dolmetschers als Auslagen berechnet werden. Somit geht die Bestimmung des Art. 6 Abs. 3e MRK über die Regelung in § 185 GVG hinaus [22], nach welcher ein Dolmetscher zuzuziehen ist, wenn unter Beteiligung von Personen verhandelt wird, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind.

---

20) Englische Fassung des Art. 6 Abs. 3e MRK: "... to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court."
Französische Fassung: "... se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience."

21) So AG Bremerhaven, NJW 1963, 827; Appell, S. 80; Schorn, Menschenrechtskonvention, S. 234; a. A. LG Mannheim, Rpfleger 1965, 52; Löwe-Rosenberg, § 465 Anm. IV 2; Schwarz-Kleinknecht, Art. 6 MRK Anm. 10 e.

22) A. A. Paunovic, S. 25.

§ 6 RECHTLICHE UND RECHTSPOLITISCHE GESICHTSPUNKTE ZUR KOSTENREGELUNG

Gegen die oben dargestellte gesetzliche Regelung der Gerichtskosten sind im Schrifttum immer wieder grundsätzliche Bedenken erhoben worden[1] [2].

I. Man hat geltend gemacht, der Staat strafe im öffentlichen Interesse, er habe ein Eigentinteresse an der Ermittlung und Aburteilung strafbarer Handlungen, die Bestrafung diene somit dem eigenen Schutz, wenn der Staat daher zu diesem Zweck Beamte tätig werden lasse, so wahre er nur sein eigenes Wohl und trage Sorge für die Grundpfeiler seiner Existenz, deshalb stehe ihm auch das Recht nicht zu, sich die Arbeiten seiner Beamten durch Gebühren bezahlen zu lassen[3].

Sicherlich kann der Staat nicht verlangen, daß die Verurteilten für die Gesamtkosten der Justiz aufkommen müssen. Das bedeutet aber nicht, daß der Staat, der gegen einen einzelnen ein Strafverfahren einleitet und diesen dann verurteilt, nicht von dem Verurteilten einen angemessenen Beitrag zu der dem Staat speziell durch dieses Verfahren entstandenen Unkosten verlangen kann. Zur Besoldung seiner Beamten und zum Unterhalt seiner Einrichtungen erhebt der Staat zwar von allen Steuern, warum aber soll nicht wenigstens derjenige, der nicht mittellos ist, und der Veranlassung zu einem besonderen Tätigwerden des Staates gegeben hat, auch die dadurch entstandenen Mehrkosten tragen.

II. Die Erhebung einer Gebühr wäre dann unzulässig, wenn sie gegen den Grundsatz der Gebührengerechtigkeit verstoßen würde[4]. Die Gebühr ist eine Geldleistung, eine öffentlich-rechtliche Abgabe[5], für die Inanspruchnahme einer öffent-

---

1) Vgl. Meves in Holzendorff, Bd. 2, S. 498; Friedenreich, S. 12 ff.; von Hippel, S. 688; Peters, § 80 I 1, S. 614 ff.; Eb. Schmidt, Vorbem. 8 vor § 464 StPO.

2) In jüngster Zeit hält Franz MDR 1962, 949 die Regelung der Kostentragungspflicht sogar für verfassungswidrig, da die Erhebung einer Gebühr gegen das Äquivalenzprinzip und damit gegen den Grundsatz der Gebührengerechtigkeit verstoße. A. A. aber das BVerfG, NJW 1965, 387, das die Regelung in § 465 Abs. I Satz 1 StPO mit dem Grundgesetz für vereinbar hält. Vgl. auch Tiedemann, GA 1964, 375.

3) Vgl. Meves in Holzendorff, Bd. 2, S. 498.

4) Siehe oben Fußn. 2.

5) Vgl. Tiedemann, GA 1964, 375, m. w. Hinw.; Wolff, Bd. 1, § 42 II a 2, S. 225; a. A. Kleinknecht in Schwarz-Kleinknecht, Vorbem. 4 vor § 464, der im Anschluß an OLG Oldenburg, Nds. Rpfl. 1961, 136, von einer Art Schadensersatz spricht.

lich-rechtlichen Einrichtung[6]. Sie ist als Gegenleistung für eine den einzelnen betreffenden und von diesem veranlaßten Amtshandlung zu zahlen[7]. Die Besonderheit der Gebühr besteht darin, daß sie nur bei Inanspruchnahme einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung oder für die Vornahme von Amtshandlungen, die auf Veranlassung eines einzelnen vorgenommen werden, erhoben werden[8]. Die besondere Leistung muß den einzelnen betreffen und von ihm veranlaßt worden sein. Es ist aber nicht erforderlich, daß auch das persönliche Interesse des einzelnen an der vorzunehmenden Amtshandlung das öffentliche Interesse hieran überwiegt[9]. Ein derartiges Erfordernis wäre zu unbestimmt, da die Frage, ob das eine oder andere Interesse im konkreten Fall überwiegt, häufig nicht sachlich, sondern nur nach subjektivem Ermessen zu entscheiden ist[10]. Deshalb betont auch das Bundesverwaltungsgericht, daß die Anerkennung eines zur Gebührenerhebung berechtigenden Tatbestandes nicht davon abhängig zu machen ist, ob die Leistung der öffentlichen Hand den einzelnen begünstigt, mag dies auch in der Regel der Fall sein[11]. Eine Gebühr darf daher nur dann nicht erhoben werden, wenn die Behörde ohne Veranlassung seitens der betroffenen Person von sich aus tätig geworden ist, oder wenn sie tatsächlich nichts geleistet hat[12].

Die Durchführung eines Strafverfahrens stellt eine besondere Leistung der öffentlichen Hand dar, die sich auf eine Einzelperson, nämlich den Verdächtigen und später Verurteilten, bezieht. Dieses Strafverfahren wird weniger im Interesse des Verurteilten als im Interesse der Allgemeinheit durchgeführt[13]; ja das Verfahren mag sich sogar gegen die Interessen des Verurteilten richten, der ein verständliches Interesse daran hat, daß sein strafbares Handeln nicht bekannt wird.

---

6) Zeitel, HDSW, Bd.4, S.227, weist darauf hin, daß es eine allgemeine Legaldefinition der Gebühr nicht gibt.

7) Vgl. BVerwGE 2, 246 (247 f.); 5, 136 (142); 12, 162 (166); 13, 214 (219); Lauterbach, Einleitung Anm.A 3; Petersen, S.8; Wolff, Bd.1, § 42 II a 2, S.225.

8) Vgl. Wolff, a.a.O.; Zeitel, S.227.

9) Vgl. BVerwGE 13, 214 (219); BayVGH, VwRspr. 10, 100; Wolff, a.a.O.; Zeitel, a.a.O.

10) Zeitel, a.a.O.

11) Vgl. BVerwGE, a.a.O.; auch die Ablehnung einer vom Antragsteller begehrten Erlaubnis stellt eine aufgrund besonderer Inanspruchnahme erbrachte Sonderleistung der Verwaltung dar, für die eine Gebühr erhoben werden kann.

12) BayVGH, a.a.O.; Wolff, a.a.O.

13) Vgl. Schäfer in Löwe-Rosenberg, Vorbem.7c vor § 464.

Aus dieser Tatsache ergeben sich aber, wie oben dargestellt, keine Bedenken für die Erhebung von Gerichtsgebühren[14]. Entscheidend für die Erhebung der Gerichtsgebühr ist, daß der Verurteilte durch die Begehung der Straftat das gerichtliche Strafverfahren veranlaßt hat[15]. Der Täter kann und muß damit rechnen, daß seine strafbare Handlung zum Gegenstand eines Strafverfahrens gemacht wird. Somit kann von einem Verstoß gegen die Gebührengerechtigkeit keine Rede sein[16].

III. Desgleichen können die Bedenken von Eb. Schmidt[17] nicht geteilt werden, der in der Kostenregelung eine große Ungerechtigkeit sieht, weil der Gesetzgeber die Höhe der Kosten an der Höhe der erkannten Strafe ausgerichtet habe, statt die Höhe der Kosten von dem staatlicherseits gemachten Arbeitsaufwand abhängig zu machen, und deshalb würden die Kosten, wie von Hippel[18] ganz richtig feststelle, zu einer unverdienten Nebenstrafe, da kein Richter bei der Strafzumessung auf die den Verurteilten obendrein treffenden Kosten Rücksicht nehme.

Zuzugeben ist, daß die Arbeitsbelastung der Justiz nicht notwendig mit der Höhe der Strafe zusammenhängt. Es führt aber zu größeren Ungerechtigkeiten, wollte man auf die tatsächliche Arbeitsbelastung abstellen. Dann wäre die Höhe der Gebühr von Zufälligkeiten abhängig, nämlich davon, ob der Richter das Verfahren zügig vorwärts führt, wie lange der Verteidiger und der Staatsanwalt plädieren usw. Ja es kann der Fall eintreten, daß der Betreffende zu einer geringen Geldstrafe verurteilt wird, er aber sehr hohe Gerichtskosten zu zahlen hätte, weil der Prozeß sich lange hingezogen hat, was etwa bei Beleidigungsprozessen der Fall sein kann[19]. In einem derartigen Fall würde sich der Verurteilte aber nicht wegen der geringen Geldstrafe bestraft fühlen, sondern wegen der hohen Kosten, die er zu bezahlen hat. Mit Recht weist auch Peters[20] darauf hin, daß gerade die schwere Kriminalität, die durch die Höhe der Strafe gekennzeichnet ist, ganz allgemein die Justiz zu einem kostspieligen Aufbau zwingt.

Es geht nicht an, daß der Richter die Gebührenpflicht bei der Verhängung einer

---

14) Vgl. Tiedemann, GA 1964, 375.
15) Vgl. BVerfG, NJW 1965, 387.
16) Vgl. BVerfG, a.a.O.; Löwe-Rosenberg, Vorbem. 7c vor § 464; Tiedemann, GA 1964, 375.
17) A.a.O., Vorbem. 8 zu § 464.
18) A.a.O., S. 690 ff.
19) Vgl. Fall Weigand.
20) Peters, Strafprozeß, 1. Aufl., § 80 II 2a. Dieser Hinweis fehlt in der 2. Auflage.

Geldstrafe mit in Rechnung stellt, wie Hippel vorschlägt[21]). Damit würde die Erhebung von Gerichtsgebühren ihren Sinn und Zweck verlieren. Es mag sein, daß die Gerichtskosten neben der Strafe für den Verurteilten das gleiche Übel wie eine zusätzliche Strafe bedeuten und ihn wie eine Nebenstrafe treffen, daraus kann aber nicht auf das Vorliegen einer echten Strafe geschlossen werden[22]), denn Strafe kann nur von der dem Übel durch die Gesetzgebung beigefügten Zweckrichtung verstanden werden. Sinn und Zweck der Geldstrafe ist es, dem Delinquenten ein Übel zuzufügen, ein Recht, das dem Staat kraft seiner Strafhoheit zukommt. Die Gebühren dagegen dienen wie die Steuern und Beiträge dazu, dem Staat Einnahmen zu verschaffen. Sie können vom Staat kraft eigener Finanzhoheit von dem einzelnen gefordert werden. Die Zweckrichtung bei einer Geldstrafe und bei einer Gebühr ist somit viel zu unterschiedlich, als daß bei der Strafzumessung die zu entrichtende Gebühr berücksichtigt werden könnte.

Bei der Regelung der Gerichtskosten muß aber bedacht werden, daß der Staat durch die Gebühren sich eine Einnahmequelle verschaffen will. Deshalb ist es nur dann sinnvoll, Gebühren zu erheben, wenn der Aufwand der Berechnung und Beitreibung der Gerichtskosten in einem angemessenen Verhältnis zu den tatsächlich erzielten Einnahmen steht. Nach Ansicht von Eb. Schmidt[23]) steht aber der Aufwand, der mit der Kostenfestsetzung, zahllosen Beschwerdeverfahren und Kostenbeitreibungsversuchen ständig unternommen werden muß, um den gesetzlichen Bestimmungen nachzukommen, in keinem Verhältnis zu dem "kläglichen Ertrage" des Justizfiskus, was aber von Schäfer[24]) bestritten wird.

Die Praxis zeigt, daß ein Teil der Verurteilten vermögenslos ist, weshalb von diesen keine Gebühren eingezogen werden können, vielmehr die im Ergebnis fruchtlosen Kostenbeitreibungsversuche nur die Unkosten des Staates vergrößern. Deshalb hat, da die Militärgerichte es in der Hauptsache mit Wehrpflichtigen zu tun gehabt haben, die kein Einkommen besessen haben, die Militärstrafgerichtsordnung vom 29.12.1936[25]) in § 431 Abs. 1 Kostenfreiheit vorgesehen[26]). Da dies der Grund war, eignet sich die Militärstrafgerichtsordnung nicht als Vorbild für die Kostenregelung in der Strafprozeßordnung[27]), denn zahlreiche Delin-

---

21) A.a.O.
22) Vgl. Tiedemann, a.a.O.
23) A.a.O.
24) Schäfer in Löwe-Rosenberg, Vorbem. 7c vor § 464.
25) RGBl. I, 751.
26) Dasselbe gilt für § 117 der Verordnung über das Militärstrafverfahren im Kriege vom 17.8.1938 (RGBl. I, 1457).
27) A.A. von Hippel, a.a.O.

quenten sind in der Lage, die Gerichtskosten zu zahlen und mit Recht wendet Peters 28) ein, daß es gerecht und angemessen sei, diejenigen Verurteilten, die vermögend sind, Gerichtskosten bezahlen zu lassen.

IV. Ist es auch rechtlich gerechtfertigt, die Verurteilten grundsätzlich die Gerichtskosten tragen zu lassen, so ergibt sich doch die Forderung, gewisse Starrheiten in der Kostenregelung zu beseitigen und dem Richter die Möglichkeit zu geben, Härten zu vermeiden und die Gerichtskosten nur demjenigen aufzuerlegen, der sie tatsächlich auch bezahlen kann. Diese Möglichkeit ist bis jetzt dem Gericht nur in Jugendstrafsachen gegeben. Zwar gelten auch im Strafverfahren gegen Jugendliche die Kostenvorschriften der Strafprozeßordnung, aber gemäß § 74 JGG kann das Gericht im Verfahren gegen Jugendliche davon absehen, dem Angeklagten Kosten und Auslagen aufzuerlegen. Die Aufnahme einer derartigen Bestimmung in die Strafprozeßordnung liegt im Sinne einer sozialen Strafrechtspflege 29).

Die Bundesrepublik Deutschland ist gemäß Art. 10 Abs. 1 GG ein sozialer Bundesstaat. Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG bestimmt für die deutschen Länder, daß deren verfassungsmäßige Ordnung den Grundsätzen eines sozialen Rechtsstaates entsprechen müsse. Der Inhalt, Umfang und die Bedeutung der "Sozial-Klausel" in diesen beiden Bestimmungen ist sehr umstritten. Während einige annehmen, es handle sich bei diesen Vorschriften des Grundgesetzes nur um eine allgemeine Deklamation, deren Verwirklichung dem künftigen Gesetzgeber überantwortet werde 30), erkennen andere der Sozialstaatsklausel unmittelbare verfassungsrechtliche Bedeutung zu. Danach muß den Grundsätzen des Sozialstaates entsprochen werden 31). Nipperdey hebt hervor, daß das Sozialstaatsprinzip, "ebenso wie das Rechtsstaatsprinzip, einer der tragenden Grundsätze unseres Staates und Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG" sei und nicht nur ein Programm enthalte, sondern eine "unmittelbar verbindliche Rechtsnorm" sei, an die

---

28) A. a. O.

29) Vgl. Peters, Strafprozeß, § 80 I 1, S. 615; Rotthaus, Mschr. Krim, Bd. 48, S. 139.

30) Vgl. von Mangoldt, das Bonner Grundgesetz, 1. Aufl., Art. 20 Anm. 2b. Menger, S. 23 ff. (vgl. hierzu die ablehnende Besprechung von Dürig, AöR, Bd. 79, S. 254 ff.); Wernicke, Bonner Kommentar, Art. 20 Anm. II 1d.

31) Vgl. Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 40 ff., 51 ff.; von Mangoldt-Klein, Art. 20 Anm. 7 2b m. z. Hinw.; Maunz, § 10 II 4, S. 67; H. Peters, Staatslexikon, Bd. 7, S. 394.

Gesetzgebung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt gebunden seien[32]. Nicht soweit geht die Rechtsprechung, nach der Art. 20 Abs. 1 GG "ein Bekenntnis zum Sozialstaat enthält, das bei der Auslegung des Grundgesetzes wie bei der Auslegung anderer Gesetze von entscheidender Bedeutung" sein könne. Das Bundesverfassungsgericht ist der Ansicht, daß die Ausgestaltung des Sozialstaates im wesentlichen nur dem Gesetzgeber obliege[33]. Da aber durch die Einbeziehung der Sozialstaatsklausel in den Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung dem Gesetzgeber "eine relativ weitgehende Gestaltungsfreiheit über die Sozialordnung" gegeben worden ist[34] und der Sozialstaatsgedanke in der Regel nicht die alleinige Grundlage für die Entscheidung der Gerichte bildet[35], zeigt sich in der Rechtsprechung deutlich die Tendenz, Gesetzesnormen nicht wegen Verstoßes gegen das Sozialstaatsprinzip für nichtig zu erklären[36].

"Sozial nennt man einen Staat dann, wenn ein entscheidender Maßstab für seine gesamte Tätigkeit am Ziel der Behebung materieller und ideeller Not orientiert ist"[37]. Der Begriff "sozial" erfaßt also nicht nur die Hilfe für wirtschaftlich Schwache, sondern er bezieht sich auch auf ideelle Maßnahmen[38]. Die Strafrechtspflege kann sich heute nicht mehr damit begnügen, den Rechtsbrecher seiner gerechten Strafe zuzuführen, um ihn danach seinem Schicksal zu überlassen. Sie hat sich z.B. auch um die Wiedereingliederung des Verurteilten in die Gesellschaft zu kümmern. Für die Resozialisierung der Verurteilten, die ihre Strafe verbüßt haben, bilden aber gerade die Auferlegung der Gerichtskosten und deren zwangsweise Beitreibung eine Gefahr[39]. Wird der Verurteilte aus der Strafhaft entlassen, so muß er sich oft einen neuen Arbeitsplatz suchen, da er seinen alten bei längerer Dauer der Strafhaft verloren hat. Hat er eine Beschäftigung gefunden, so sieht er sich häufig Lohnpfändungen von privater und staatlicher

---

32) Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 805 ff. m.z.Hinw. in Fußn. 303, 304.

33) Vgl. BVerfGE 1, 97 (105); BVerwGE 8, 98 (103); zur Rspr. des BVerfG vgl. Leibholz/Rinck, Art. 20 Rdnr. 12-14; zur Rspr. des BGH, BAG und BVerwG vgl. Nipperdey, a.a.O., S. 807, Fußn. 306; zur Rspr. des BAG vgl. auch Hueck, der Sozialstaatsgedanke, S. 57 ff.

34) So Nipperdey, a.a.O., S. 808.

35) So Hueck für die Rspr. des BAG, a.a.O., S. 72.

36) Vgl. Tiedemann, GA 1964, 356.

37) So H. Peters, Sozialstaat, S. 394.

38) Über Inhalt und Tragweite der Sozialstaatsklausel vgl. insbesondere von Mangoldt-Klein, Art. 20 Anm. VII 2 m.z.Hinw.

39) Vgl. hierzu Rotthaus, Mschr. Krim., Bd. 48, S. 139 f.; Amelunxen, DRiZ 1956, 167.

Seite gegenüber. Hat der Verurteilte Vermögensdelikte begangen, so werden Schadensersatzforderungen an ihn gestellt. Häufig sind Schulden der Familie zu tilgen, die durch die Verurteilung und Bestrafung in finanzielle Not geraten ist. Der Entlassene hat die Gerichtskosten und die durch die Haft entstandenen Kosten zu bezahlen. Hat seine Familie während der Dauer der Haft Sozialhilfe erhalten, so sind auch diese Beträge zurück zu erstatten[40]. Der Entlassene sieht sich somit plötzlich einer Vielzahl von Forderungen gegenüber und gerät in eine solche finanzielle Bedrängnis, daß selbst dem Arbeitswilligen ein ständiger Arbeitswechsel als letzter Ausweg erscheint, um wieder zu Geld zu gelangen, da auf diese Weise die Lohnpfändungen sehr erschwert werden. Die Folge ist, daß der Betreffende bald keiner geregelten Arbeit mehr nachgeht und schließlich neue Straftaten begeht. Will der Staat die Resozialisierung nicht erschweren, so hat er bei der Auferlegung von Kosten gleich die sozialen Verhältnisse des Verurteilten zu berücksichtigen.

Ein Anfang ist schon insoweit gemacht, als § 10 der Verordnung über Kosten im Bereich der Justizverwaltung[41] seit 1957 bestimmt, daß für die Vollstreckung der Strafe Kosten nicht erhoben werden, wenn der Gefangene oder Verwahrte die ihm zugewiesene Arbeit verrichtet, oder wenn er ohne sein Verschulden nicht arbeiten kann. Es ist aber an der Zeit, auch die Auferlegung der Gerichtskosten in das Ermessen des Gerichts zu stellen, wie dies in § 74 JGG geschehen ist, oder wenigstens dem Gericht die Befugnis zu geben, durch einen das Urteil ergänzenden Beschluß den Verurteilten von der Verpflichtung zur Zahlung der Gerichtskosten zu befreien[42]. Damit wären wir nicht nur einen Schritt weiter bei der Verwirklichung des Sozialstaatsgedankens, sondern der Justiz würde auch dadurch, daß die im Ergebnis fruchtlosen Kostenbeitreibungsversuche wegfallen, mancher Aufwand an Personal und Arbeit erspart bleiben.

---

40) Der wegen einer vorsätzlichen Straftat Verurteilte ist gemäß § 92 Abs. 2 BSHG zum Ersatz der Kosten der Sozialhilfe verpflichtet.

41) In der Fassung des Gesetzes zur Änderung kostenrechtlicher Vorschriften vom 26.7.1957 (BGBl. I, 861).

42) So Peters, § 80 I 1, S. 615.

II. Kapitel

AUSLAGENERSTATTUNG IM OFFIZIALVERFAHREN

§ 7 ENTWICKLUNG DER ENTSCHÄDIGUNG IM STRAFVERFAHREN

I. Der Gedanke der Entschädigung durch den Staat und der Pflicht des Staates, zugefügten Schaden wieder gutzumachen, gewinnt erst in der Zeit der Aufklärung an Bedeutung. So erließ Friedrich der Große am 15. Januar 1766 eine Kabinettsorder[1], in der folgende Entschädigungspflicht festgesetzt wurde: "Ist eine des Verbrechens verdächtige Person in Untersuchung geraten, und ist, weil sie nicht hat überwiesen werden können, von fernerer Untersuchung abgestanden worden, so soll, wenn im Verlaufe der Zeit durch nachherige Begebenheiten die völlige Unschuld dieser Person entdeckt wird, solche nicht nur vollkommene Restitution der Kosten, sondern auch aus der Sportel-Kasse diejenigen Collegii, wo die Untersuchung geschwebt, eine neue Bewandtnis der Umstände und der Verschiedenheit des Standes zu arbitrierende Vergütungssumme erhalten, damit die nachher entdeckte Unschuld wegen allen bey der ersten Untersuchung erlittenen Ungemach schadlos gestellet werde."

1781 wurde von der französischen Akademie der Wissenschaften und schönen Künste von Chalons-sur-Marne, nicht zuletzt unter dem Einfluß des Kampfes Voltaires für die Rehabilitierung unschuldig Verurteilter und deren Entschädigung, folgende Preisaufgabe gestellt: "Wenn die bürgerliche Gesellschaft eines ihrer Mitglieder durch das Organ des öffentlichen Ministeriums angeklagt hat und das letztere in dem Prozeß unterliegt, welches wären die ausführbarsten und am wenigsten kostspieligen Mittel, um dem für unschuldig erkannten Bürger die Entschädigung zu verschaffen, welche ihm nach natürlichem Rechte gebührt?" 2) Die beiden Preisträger Jean Pierre Brissot de Warville 3) und Louis Philipon de la

---

1) Zitiert bei Berolzheimer, S. 7.
2) Vgl. Brandis, S. 2.
3) Le sang innicent vengé ou discours sur les réparations dues aux accusés innocents.

Madelaine [4] vertraten die Forderung, der Staat sei auch bei rechtmäßiger Ausübung seiner Strafgewalt verpflichtet, den Freigesprochenen zu entschädigen.

Sieht man vom toscanischen Strafgesetzbuch ab, das schon 1786 in § 46 bestimmte, daß "jene Personen entschädigt werden, die ... ohne Absicht oder Verschulden irgend jemandes ... im Gefängnis festgehalten worden sind, zum Schaden ihrer Ehre und ihrer Interessen sowie ihrer Familie, nachher aber als unschuldig erkannt und freigesprochen wurden ..." [5], so brauchte es noch lange Zeit, bis der Gesetzgeber sich bereit fand, die Entschädigung gesetzlich zu regeln.

II. Als eifrige Vorkämpfer des Entschädigungsgedankens traten in Deutschland Heinze mit seinem im Jahr 1865 erschienenen Werk "Das Recht der Untersuchungshaft" und mehr als ein Jahrzehnt später insbesondere Geyer und von Schwarze auf, die in zahlreichen Veröffentlichungen für diesen Gedanken warben [6].

Der 11. und 12. Juristentag in den Jahren 1873 und 1874 beschäftigte sich ausführlich mit den Fragen der Entschädigung [7]. Entsprechende Anträge wurden aber auf beiden Tagungen abgelehnt, so auch der auf dem 12. Juristentag von Jaques gestellte Antrag, der folgenden Wortlaut hatte: "Im Falle der Nichterhebung oder Zurückziehung der Anklage oder der Freisprechung hat der Staat für die erlittene Untersuchungshaft Entschädigung zu leisten. Der Entschädigungsanspruch entfällt, wenn der Beschuldigte erweislich lügenhafte Angaben, Collusions- oder Fluchtversuche gemacht hat; oder wenn sein Verhalten vor dem Richter aus der erweislichen Absicht hervorgegangen ist, die Untersuchungshaft herbeizuführen oder zu verlängern" [8]. Erst der 13. Juristentag, der sich im Jahre 1876 noch einmal ausführlich mit dem Problem der Entschädigung befaßte [9], nahm schließlich folgenden von Stenglein und Jaques formulierten Antrag an: "Im Falle der Freisprechung oder der Zurückziehung der Anklage ist für die erlittene Untersuchungshaft eine angemessene Entschädigung zu leisten, es sei denn, daß der Angeklagte

---

4) Des moyen d'indemniser l'innocence injustement accussée et punie.

5) Vgl. Engell, S.14.

6) Vgl. Geyer, in Nord und Süd, Bd.18, S.167; derselbe, Der Gerichtssaal, Bd.34, S.321 ff. und Bd.36, S.366 ff.; von Schwarze, Der Gerichtssaal, Bd.34, S.100 ff.

7) Vgl. Verhandlungen des 11. Juristentages, Bd.1, Gutachten von Wahlberg, S.42 ff.; Ullmann, S.87 ff. und Vollert, S.95 ff.
Verhandlungen des 12. Juristentages, Bd.1, Gutachten von Nissen, S.46 ff.; Bd.2, von Köstlin, S.329 ff.

8) Verhandlungen des 12. Juristentages, Bd.3, S.117 ff.

9) Verhandlungen des 13. Juristentages, Bd.2, S.259 ff.

durch sein Verschulden während des Verfahrens die Untersuchungshaft oder die Verlängerung derselben verursacht hat" 10) 11).

III. In Deutschland sahen zuerst die Strafprozeßordnung von Baden aus dem Jahre 1864 in Art.184 und die württembergische Strafprozeßordnung von 1868 in Art.484 Abs.2 eine Entschädigung für die im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen durch die Staatskasse vor. Die im Jahre 1877 erlassene Strafprozeßordnung enthielt in § 487 Abs.2 zum erstenmal für das ganze Reich eine Bestimmung über die Erstattung der im Strafverfahren entstandenen notwendigen Auslagen.

Obgleich schon am 9. Januar 1882 der Abgeordnete Frohme und Genossen im Reichstag den Antrag stellten, "den Reichskanzler aufzufordern, derselbe möge veranlassen, daß dem Reichstage ein Gesetzentwurf vorgelegt werde, welcher dahin abziele, unschuldig Inhaftierte und Verurteilte, bzw. deren Angehörigen für die durch die erlittene Haft und Verurteilung erwachsene Nachteile und Möglichkeiten zu entschädigen" 12), wurde das Gesetz, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen erst im Jahre 1898 erlassen und das Jahr 1904 brachte schließlich das Gesetz, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft 13). Eine Entschädigung gewähren die beiden letzteren Gesetze aber nur, wenn das Wiederaufnahmeverfahren bzw. das Strafverfahren die Unschuld des Verurteilten bzw. Verhafteten ergeben oder dargetan hat, daß gegen den Betroffenen ein begründeter Verdacht nicht vorliegt. Bei dieser Regelung ist es bis heute geblieben.

---

10) Verhandlungen des 13. Juristentages, Bd.2, S.296 ff., S.429 ff.

11) Zu den auf dem 11., 12. und 13. Juristentag vorgetragenen Ansichten und Meinungen vgl. Ullmann, Der Gerichtssaal, Bd.27, S.81 ff. und S.386 ff.; Kronecker, S.4 ff.

12) Nr.70; 5. LP I S.1881.

13) Zur Entwicklung der Entschädigung für unschuldig erlittene UHaft und Strafhaft in Deutschland in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts vgl. Ritter, S.15-20.

§ 8 DIE RECHTSNATUR DES AUSLAGENERSTATTUNGSANSPRUCHS NACH DEN §§ 467 ABS. 2, 467 a StPO

I. Allgemeines

Endet ein rechtmäßig eingeleitetes und durchgeführtes Strafverfahren ohne Verurteilung des Beschuldigten, so stellt sich die Frage, wer die finanziellen Verluste zu tragen hat, die das Strafverfahren dem unschuldig Betroffenen verursacht hat. Die Strafprozeßordnung regelt in den §§ 467 Abs. 2, 467a, inwieweit in einem derartigen Fall der Betroffene von der Staatskasse Ersatz der ihm entstandenen finanziellen Einbußen verlangen kann.

Bis zum 3. Strafrechtsänderungsgesetz konnten, aber mußten nicht, gemäß § 467 Abs. 2 StPO die einem freigesprochenen oder außer Verfolgung gesetzten Angeschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen der Staatskasse auferlegt werden. Diese Entscheidung stand in jedem Falle im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters. Das 3. Strafrechtsänderungsgesetz ergänzte die Kannvorschrift des § 467 Abs. 2 StPO für diejenigen Fälle in eine Mußvorschrift, in denen das Verfahren die Unschuld des Angeschuldigten ergeben hat oder dargetan hat, daß gegen ihn ein begründeter Verdacht nicht vorliegt. Mit dieser Änderung wurde die Rechtslage in § 467 Abs. 2 StPO wieder der Bestimmung der Justizkommission des Reichstages angenähert - wenn auch im 2. Halbsatz des § 467 Abs. 2 Satz 2 StPO durch die entsprechende Anwendung des § 2 UHaftEntschG die Pflicht zur Auslagenerstattung wieder eingeschränkt wurde -, denn die ursprünglich vom Reichstag beschlossene Fassung lautete: "Die dem Angeschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen sind der Staatskasse aufzuerlegen" (§ 420, 3. Entwurf der Strafprozeßordnung). Bei den sogenannten Kompromißverhandlungen im Reichstag wurde auf Verlangen der einzelnen Regierungen in der 3. Beratung des Reichstags die bis zum 3. Strafrechtsänderungsgesetz von 1953 geltende Fassung angenommen[1].

Seit dem 3. Strafrechtsänderungsgesetz sind nunmehr folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Die fakultative Auslagenerstattung (§ 467 Abs. 2 Satz 1 StPO), bei der es im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts steht, ob der Staatskasse die dem Angeschuldigten entstandenen notwendigen Auslagen aufzuerlegen sind, wenn dieser freigesprochen oder außer Verfolgung gesetzt worden ist oder das Gericht das Verfahren gegen ihn eingestellt hat.

b) Die obligatorische Auslagenerstattung (§ 467 Abs. 2 Satz 2 StPO), bei welcher das Gericht verpflichtet ist, die dem Angeschuldigten entstandenen notwen-

---

1) Vgl. Hahn, III/2 S. 210 ff.

digen Auslagen dann der Staatskasse aufzuerlegen, wenn das Verfahren die Unschuld des Angeschuldigten ergeben oder dargetan hat, daß gegen ihn kein begründeter Verdacht vorliegt, es sei denn, es liegen die Voraussetzungen des § 2 UHaftEntschG vor 2)

Eine Auslagenerstattung gemäß § 467 Abs. 2 StPO ist aber dann ausgeschlossen, wenn der freigesprochene Angeschuldigte vorsätzlich oder grob fahrlässig das Verfahren herbeigeführt hat, und sie kann ausgeschlossen werden, wenn die Tat grob unredlich oder unsittlich war, oder Rauschtat oder Vorbereitungshandlung zu einem Verbrechen oder Vergehen war. Die Auslagenerstattung kann sogar dann ausgeschlossen werden, wenn der Freigesprochene ohne bürgerliche Ehrenrechte oder unter Polizeiaufsicht oder im Zuchthaus oder arbeitslos gewesen ist.

§ 467 a StPO, der durch das Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19.12.1964 eingefügt worden ist, hat die Fälle der Auslagenerstattung erweitert. Nach dieser Bestimmung kann das Gericht die notwendigen Auslagen der Staatskasse auferlegen, wenn die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage zurücknimmt und das Verfahren einstellt.

II. Öffentlich-rechtlicher Anspruch

1. Bevor diese Bestimmungen erörtert werden können, ist es erforderlich, sich über die rechtliche Natur des Auslagenerstattungsanspruchs Klarheit zu verschaffen. Umstritten ist schon, ob es sich bei dem Erstattungsanspruch um einen zivilrechtlichen oder einen öffentlich-rechtlichen Anspruch handelt. Die Lösung dieses Problems ist aber von großer Wichtigkeit, nicht nur, weil sie maßgebend für den Verschuldensmaßstab in § 2 UHaftEntschG ist, sondern auch, weil nur dann, wenn es sich um öffentlich-rechtliche Ansprüche handelt, die Frage sinnvoll gestellt werden kann, ob der Auslagenerstattungsanspruch seiner Rechtsnatur nach ein Aufopferungsanspruch ist, da alle Aufopferungsansprüche öffentlich-recht-

---

2) Die Voraussetzungen des § 467 Abs. 2 Satz 2 StPO sind denjenigen des § 1 des Gesetzes, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, vom 20. Mai 1898 in der Fassung des Gesetzes vom 24. November 1933 und des § 1 des Gesetzes, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, vom 14. Juli 1904 in der Fassung vom 24. November 1933 nachgebildet.

licher Natur sind [3].

Die Frage, um die es letztlich geht, lautet: Ist der Staat de lege lata verpflichtet, die in rechtmäßiger Ausübung der Strafrechtspflege Geschädigten schadlos zu halten, d.h., besteht eine Rechtspflicht des Staates zur Entschädigung, oder rechtfertigen nur Erwägungen der Billigkeit die Normierung der staatlichen Ersatzpflicht [4] [5]? Ist eine Rechtspflicht des Staates zu bejahen, so bedeutet dies, daß die Bestimmungen der §§ 467 Abs.2, 467a StPO weit auszulegen sind.

Ähnliche Probleme ergeben sich auch für die Ansprüche, die das Gesetz, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, und das Gesetz, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, gewähren. Auch diese Ansprüche werden unterschiedlich charakterisiert.

Auslagenerstattung, Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft und Strafhaft beruhen auf dem einheitlichen Grundgedanken, diejenigen Vermögensschäden auszugleichen, die durch die Strafverfolgung eines Angeschuldigten bzw. Verhafteten oder Verurteilten erwachsen sind, deren Unschuld sich später ergeben hat [6]. Es handelt sich in allen Fällen um Ansprüche, durch die bestimmte Schäden und Nachteile ersetzt werden sollen, die jemand dadurch erleidet, daß der Staat gegen den Betroffenen ein Strafverfahren mit den sich daraus für den Betroffenen ergebenden Folgen eröffnet hat, ohne daß das Verfahren auch den gewünschten Erfolg gezeitigt hat. Das zeigt sich auch darin, daß § 467 Abs.2 StPO ausdrücklich auf die Regelung in § 2 UHaftEntschG verweist, und dieses Gesetz sich seinerseits an das Gesetz, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, anlehnt.

2. Das OLG Oldenburg geht in seinem Urteil vom 13.8.1963 [7] davon aus, daß der Entschädigungsanspruch nach § 467 Abs.2 StPO ein Anspruch des bürgerlichen Rechts sei. Demgegenüber hat der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 13. Februar 1956 [8] obiter dictum festgestellt, daß durch das Gesetz, betreffend die

---

3) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 40, Rdnr.16; Wolff, Bd.1, § 61 Ic, S.371.

4) Zum Streitstand zu Beginn dieses Jahrhunderts vgl. Brandis, S.14 ff.; Goldschmidt, S.113 ff.; beide mit zahlreichen Hinweisen. Vgl. auch Ullmann, Der Gerichtssaal, Bd.27, S.85 ff.; Gerber, S.19 ff. m.w.Hinw.

5) Otto Mayer, Verwaltungsrecht II, S.296, weist darauf hin, daß eine Billigkeitsforderung nicht gleichbedeutend mit Rechtsvorschrift ist.

6) Vgl. OLG Hamburg, NJW 1964, 1869.

7) NJW 1963, 2241; vgl. auch OLG Celle, Nds.Rpfl. 1963, 259.

8) BGHZ 20, 61 (64).

Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, und das Gesetz, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, Aufopferungstatbestände geregelt werden[9]. Damit handelt es sich nach Ansicht des Bundesgerichtshofes bei diesen Ansprüchen um öffentlich-rechtliche, da alle Aufopferungsansprüche öffentlich-rechtlicher Natur sind[10]. Auch Peters weist darauf hin, daß diese Ersatzansprüche öffentlich-rechtlicher Natur sind[11]. Dagegen nimmt Fuhrmann an, diese Ansprüche seien privatrechtlicher Natur[12].

Der Ansicht des OLG Oldenburg kann nicht zugestimmt werden. In diesem Urteil dürfte noch ein letzter Rest der sogenannten Fiskustheorie stecken. Die Fiskustheorie[13] ging davon aus, das öffentliche Vermögen gehöre nicht dem Landesherrn bzw. dem Staat, sondern dem von ihnen verschiedenen, zu einem besonderen Rechtssubjekt verselbständigten Fiskus. Dieser unterstand dem allgemeinen Vermögensrecht und damit dem Privatrecht. Deshalb unterwarf die Fiskustheorie alle vermögensrechtlichen Ansprüche zwischen dem einzelnen und dem Staat dem Privatrecht. Diese in der spätabsolutistischen, polizeistaatlichen Epoche entwickelte Lehre, die dem einzelnen einen gewissen Schutz gegen den Staat in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ermöglichte, verlor Ende des letzten Jahrhunderts immer mehr an Bedeutung. Aber noch Goldschmidt[14] verneinte zu Beginn dieses Jahrhunderts deshalb die öffentlich-rechtliche Natur der Entschädigungsansprüche der unschuldig Verhafteten oder Bestraften, weil diese Ansprüche sich "nur gegen den Staat als Fiskus, gegen die Staatskasse", richten würden und diese "auch wirklich nur eine in die Privatrechtssphäre fallende Vermögensleistung zum Inhalt" hätten. Daß diese Ansprüche "aus einem Akt des Staates als Träger der Justizhoheit entspringen", sei gleichgültig für deren Rechts-

---

9) Auch Janssen, S.109, spricht davon, daß die Ansprüche aus UHaftEntschG und StHaftEntschG "reine Erscheinungsformen des öffentlich-rechtlichen Aufopferungsanspruchs" darstellen. Widersprüchlich Schwarz-Kleinknecht, der zwar davon ausgeht, das UHaftEntschG und das StHaftEntschG regle einen Aufopferungsanspruch (vgl. § 1 UHaftEntschG Anm.1, § 1 StHaftEntschG Anm.1), dann aber davon spricht, dieser Anspruch sei zivilrechtlicher Natur (vgl. § 2 UHaftEntschG Anm.1).

10) Siehe oben Fußn. 3.

11) Strafprozeß, § 47 A IX 2c, S.370.

12) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 1 StHaftEntschG Anm.11.

13) Vgl. Fleiner, S.33 f.; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S.106 f.

14) A.a.O., S.145.

natur[15].

In unserer Zeit, in der alle Gewalt vom Volke ausgeht (Art. 20 Abs. 2 GG) und jedem, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, der Rechtsweg offensteht (Art. 19 Abs. 4 GG), ist für einen solchen Dualismus kein Raum mehr. Heute ist der Fiskus nicht mehr ein selbständiges Rechtssubjekt, neben dem hoheitlichen Staat, sondern man bezeichnet mit diesem Begriff heute den Staat insoweit, als dieser auf privatrechtlichem Gebiet tätig wird.

Ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts in den ersten Jahrzehnten von der Fiskustheorie stark beeinflußt worden[16], so hat das Reichsgericht später die Vorstellung zurückgewiesen, daß ein Anspruch schon deswegen als privatrechtlich anzusehen sei, weil er auf den Ersatz eines Schadens abziele. Diese Tatsache sei für die Einordnung an sich ohne Bedeutung. Es komme vielmehr darauf an, ob das Rechtsverhältnis, aus dem die Schadensersatzpflicht erwachse, dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht angehöre[17].

"Der Unterscheidung des öffentlichen und des bürgerlichen Rechts liegt die Tatsache zugrunde, daß die im Recht erfaßte Sozialbeziehung entweder auf Unterordnung oder auf Gleichordnung beruht"[18]. Der Unterschied von öffentlichem und privatem Recht besteht somit in einer Verschiedenheit der Zuordnungssubjekte. Ein Rechtsverhältnis ist dann öffentlich-rechtlich, wenn der einzelne Beteiligte kraft seiner Unterwerfung unter die Gewalt des Staates zu dieser öffentlichen Gewalt steht. Mithin ist ein Anspruch dann öffentlich-rechtlich, wenn er nicht jedermann, sondern nur den Staat berechtigt oder verpflichtet[19]. Bedient sich der Hoheitsträger jedoch derselben Rechtssätze, die für alle Rechtspersonen gelten, oder verwirklicht er Tatbestände, die von jedermann verwirklicht werden können, dann handelt er als Subjekt des Privatrechts. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht ist somit unabhängig davon zu beantworten, ob es sich um Vermögens- oder Nichtvermögensrechte handelt. Die vermögensrechtliche Natur eines Anspruchs stempelt diesen nicht zu einem solchen des bürgerlichen Rechts[20]. Unrichtig ist es daher, aus der Art der Leistung als einer Vermögens-

---

15) Auch Burlage, S. 18, geht von der Fiskustheorie aus, wenn er feststellt, daß das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Fiskus, als dem Verpflichteten, dem Gebiet des bürgerlichen Schuldverhältnisses angehöre.

16) So Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 109.

17) RGZ 64, 198.

18) So Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 107.

19) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 40 VwGO Rdnr. 3; Wolff, Bd. 1, § 22 IIc, S. 87.

20) Vgl. Stödter, S. 13.

leistung auf die Rechtsnatur derartiger Ansprüche zu schließen [21]. Vermögensrechtliche Ansprüche können sowohl privatrechtlicher als auch öffentlich-rechtlicher Natur sein.

Bereits Georg Jellinek hat darauf hingewiesen, daß vermögensrechtliche Ansprüche des einzelnen gegen den Staat dann im öffentlichen Recht wurzeln, wenn sie einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis entspringen [22]. Auch nach der Rechtsprechung bestimmt sich die Rechtsnatur eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Staat und dem einzelnen danach, ob der Staat in Ausübung seiner Hoheitsgewalt oder wie eine Privatperson tätig geworden ist. Nur im ersten Fall ist das Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur [23]. Unerheblich für die Rechtsnatur ist aber, ob das hoheitliche Handeln rechtmäßig oder rechtswidrig ist [24]. Jellinek, der die den unschuldig Verurteilten oder Verhafteten gewährten Ansprüche ihrer Rechtsnatur nach als öffentlich-rechtliche kennzeichnete, wollte noch darauf abstellen, ob die Ansprüche, die der Staat gewährt, aufgrund rechtmäßiger Ausübung seiner Hoheitsgewalt entstanden sind. Nur in diesem Fall sollte ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis vorliegen [25]. Diese Ansicht vertrat auch Stödter [26], der aber im Gegensatz zu Jellinek bei den Ansprüchen aus dem Gesetz, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, und dem Gesetz, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, von einer Haftung für rechtswidriges Verhalten der Staatsgewalt ausging, weshalb nach seiner Ansicht diese Ansprüche mit einer Erscheinungsform des öffentlichen Rechts nichts zu tun hätten [27]. Die Ansicht, nur Ansprüche aus rechtmäßigem hoheitlichen Handeln seien öffentlich-rechtlicher Natur, ist jedenfalls heute überholt, da die Rechtsprechung Aufopferungsansprüche, die grundsätzlich öffentlich-rechtlicher Natur sind, auch bei

---

21) Vgl. G. Jellinek, Staatsrechtliche Erörterungen, S. 458.

22) G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 63: "Auch die Ansprüche des Individuums an den Staat von vermögensrechtlichem Charakter sind ... grundsätzlich öffentlich-rechtliche dann, wenn sie einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis - der gliedlichen Stellung des Individuums im Staate - entspringen, was zur Folge hat, daß an ihrer Gewährung auch das Gemeininteresse in hohem Maße beteiligt ist. Alle Arten von Entschädigungsansprüchen an den Staat aus Hoheitsakten ... sind öffentlich-rechtliche, wenn sie öffentlich-rechtlichen Verhältnissen entspringen ...".

23) Vgl. BVerfG, DVBl. 1963, 726; BVerwGE 7, 180; BGH, DVBl. 1964, 581.

24) Vgl. Furler, VerwArch, Bd. 33, S. 411; vgl. auch RGZ 140, 276.

25) G. Jellinek, System, S. 224, Fußn. 2. 26) A. a. O., S. 21.

27) Ähnlich auch Gerber, S. 16 m. Hinw. auf die Rspr. in der Schweiz.

rechtswidrigem, schuldhaftem hoheitlichem Handeln gewährt[28] [29]. Zudem stellen auch die Ansprüche nach den §§ 467 Abs. 2, 467a StPO und nach dem Gesetz, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, solche für rechtmäßiges Handeln dar[30]. Schon Loening hat darauf hingewiesen, daß Handlungen der Organe des Staates rechtmäßig seien, solange diese sich innerhalb der Schranken des Gesetzes halten, selbst wenn das Verhalten unzweckmäßig sein sollte[31].

Da das ganze Prozeßrechtsverhältnis zwischen dem Betroffenen und dem Staat dem öffentlichen Recht angehört, sind auch die daraus entspringenden Erstattungs- bzw. Entschädigungsansprüche, die sich gegen den Staat richten - seien es nun die Ansprüche gemäß den §§ 467 Abs. II, 467a StPO oder gemäß dem Strafhaft- oder dem Untersuchungshaftentschädigungsgesetz - öffentlich-rechtlicher Natur[32].

III. Aufopferungsanspruch

Schwierigkeiten bereitet aber die Beantwortung der Frage, ob der Auslagenerstattungsanspruch nach den §§ 467 Abs. 2, 467a StPO eine Konkretisierung des ohnehin zugunsten des Beschuldigten gegebenen Aufopferungsanspruchs darstellt. Diese Frage wird bzw. wurde von Kleinknecht, der seine Ansicht aber nicht näher be-

---

28) Siehe unten § 8 III.

29) Bereits O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, §§ 53, 54, trennte die staatliche Entschädigungspflicht für rechtmäßiges Handeln nicht von der für rechtswidriges Handeln.

30) Vgl. Henkel, S. 322; Peters, § 47 A IX 1, S. 368 f., m. w. Hinw.; Anschütz, Der Ersatzanspruch, S. 96 ff.; a. A. Wolff, Bd. 1, § 61 I a; Luhmann, S. 123; Fußn. 4. Zum Streitstand zu Beginn dieses Jahrhunderts vgl. Goldschmidt, S. 114, Fußn. 7.

31) Loening, S. 94 f.

32) So Löwe-Rosenberg, Vorbem. 7b vor § 464; Kleinknecht in KMR, 5. Aufl., § 467 Anm. 8 (die entsprechende Ausführung hat Müller in der 6. Aufl. des KMR weggelassen); Peters, § 47 A IX 2c, S. 370; Janssen, S. 109; E. Mayer, JZ 1962, 342; M. Meyer, Der Schutz, S. 330; Tiedemann, MDR 1964, 973 ff. m. w. Hinw.; Wussow, NJW 1961, 1700; vgl. auch BGHZ 20, 61 (69). An älterer Literatur vgl. Graf zu Dohna, S. 255 ff.; Engell, S. 27 ff.; Goldschmidt, S. 115 Fußn. 2, m. z. Hinw.; Riecker, S. 8, 11 ff.

gründet hat, bejaht[33]. Auch Wussow[34], E. Mayer[35] und Reinisch[36] gehen von einem gesetzlich normierten Aufopferungstatbestand aus.

Nach Ansicht von Schäfer[37] liegt es nahe, diesen Anspruch "als Aufopferungsanspruch zu kennzeichnen, als Ausgleich für den Schaden, den der Beschuldigte durch die Verteidigung gegen die im öffentlichen Interesse erfolgten, aber objektiv ungerechtfertigten oder, was dem gleich geachtet wird, ergebnislosen Angriff des Staates erlitten hat". Schäfer äußert dann aber Bedenken an der Charakterisierung des Erstattungsanspruchs als Aufopferungsanspruch, weil § 467 Abs. 2 StPO eine Auslagenerstattung nach gerichtlichem Ermessen kenne, obgleich auch hier der Beschuldigte sich mit Erfolg gegen den ergebnislos gebliebenen Angriff des Staates gewehrt habe. Dieses Argument greift aber nicht durch. Die Frage, ob der Auslagenerstattungsanspruch seinem Wesen nach einen Aufopferungsanspruch darstellt, ist unabhängig davon zu beantworten, wie im Einzelfall die gesetzliche Regelung erfolgt ist. Ein Aufopferungsanspruch verändert seine Rechtsnatur nicht dadurch, daß er durch ein Gesetz sehr stark eingeschränkt worden ist. Hier könnte sich höchstens, wenn man von einem Verfassungsrang des Aufopferungsanspruchs ausgeht, das Problem ergeben, ob die einschränkende Norm nichtig ist[38].

1. War im gemeinen Recht das Rechtsinstitut der allgemeinen Aufopferung noch sehr umstritten, so hat sich dieses in unserem Jahrhundert endgültig durchgesetzt[39] und an Ausdehnung ständig zugenommen.

---

33) So jedenfalls noch Kleinknecht in KMR, 5. Aufl., § 467 Anm. 8 (Müller, KMR, 6. Aufl., hat diese Ausführungen weggelassen); neuerdings a. A. in Schwarz-Kleinknecht, § 467 a Anm. 1. Siehe auch oben Fußn. 9.

34) NJW 1961, 1700.

35) JZ 1962, 342.

36) MDR 1966, 106.

37) Schäfer in Löwe-Rosenberg, Vorbem. 7b vor § 464.

38) Von einem verfassungsrechtlichen Rang des Aufopferungsanspruchs gehen aus: Diester, S. 182; Dürig, JZ 1954, 12; derselbe, JZ 1955, 522 ff.; Fischer, S. C 40; Greiner, DÖV 1954, 586; Hamann, S. 91 f.; Huber, S. 37; von Mangoldt-Klein, Art. 14, Anm. VI 3; Schack, 41. DJT, S. 38, 54; Weber, Eigentum und Enteignung, S. 344 ff., 368; Wolff, Bd. 1, § 61 Ib; vgl. auch BGHZ 13, 91; BVerwGE 4, 15; a. A. Ipsen, VVDStRL, Heft 10, S. 93; Lerche, JuS 1961, 241; Scheuner, DÖV 1954, 591.

39) Vgl. RGZ 145, 111.

Ausgangspunkt dieser Entwicklung waren die §§ 74, 75 EinlALR von 1794[40]. Nach diesen Bestimmungen mußten einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls nachstehen, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Kollision) eintrat. Dafür war der Staat verpflichtet, denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohl des gemeinen Rechts aufzuopfern genötigt wurde, zu entschädigen.

Die Zuerkennung eines öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruchs verursachte aber anfangs dem Reichsgericht Schwierigkeiten, da das Preußische Allgemeine Landrecht ursprünglich nur für die sieben östlichen Provinzen Preußens erlassen worden war. So beruft sich das Reichsgericht in dem Urteil vom 29. Juni 1886[41] darauf, "daß nach allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen, in den Fällen, wo wohl erworbene Privatrechte als unvereinbar mit den Rücksichten der öffentlichen Ordnung und Wohlfahrt vermöge des sog. ius eminens des Staates aufgehoben werden, eine Entschädigungspflicht" eintrete. Bereits im Jahre 1901 aber bekennt sich das Reichsgericht[42] zur Aufopferung als einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der der Bestimmung des § 75 EinlALR entspreche.

Nach Erlaß der Weimarer Reichsverfassung gewann das Rechtsinstitut der Aufopferung immer mehr an Bedeutung. Die Weimarer Verfassung schützte in Art. 153 das Privateigentum, in das nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage eingegriffen werden konnte. Eine Enteignung konnte nur gegen angemessene Entschädigung erfolgen, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmte. Hatte die Rechtsprechung einen Entschädigungsanspruch zunächst auf Eingriffe in das Eigentum im sachenrechtlichen Sinn beschränkt, so dehnte sie im Laufe der Zeit den Anspruch immer weiter aus, zunächst auf Eingriffe in vermögenswerte Rechte und schließlich auf Eingriffe in irgendwelche Rechtsgüter. Das Reichsgericht begründete diesen Schritt damit, daß, wie es für den Ersatzanspruch grundsätzlich keinen Unterschied mache, ob der Eingriff in wohlerworbene Rechte durch die Gesetzgebung oder durch Verwaltungsmaßregeln erfolgt sei, so auch die rechtliche Beschaffenheit des aufgehobenen Rechts nicht von maßgebender Bedeutung sei. Der Anspruch beruhe auf der zwangsweisen Aufopferung des Einzelrechts im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt, und es sei kein innerer Grund ersichtlich, weshalb nur einzelne bestimmte Kategorien von Privatrechten die Grundlage einer Entschädigung

---

40) Zur Geschichte des Aufopferungsanspruchs vgl. Stödter, S. 52 ff.; Schack, 41. DJT, S. 9 ff.

41) RGZ 16, 161.

42) RGZ 49, 253; ferner in RGZ 102, 390; 140, 276.

bilden könnten[43]. Das Reichsgericht gab auch die Ansicht auf, Enteignung sei die entschädigungspflichtige Übereignung von Grundeigentum durch gesetzlich zugelassenen Verwaltungsakt an ein aus öffentlichen Gründen begünstigtes Unternehmen, eine Ansicht, die aus den damaligen Enteignungsgesetzen abgeleitet worden war. Eine Entschädigung wurde daher auch dann gewährt, wenn es an einem konkreten begünstigten Unternehmen fehlte[44]. Somit konnte auch eine Eigentumsbeschränkung Entschädigungsansprüche auslösen.

Gewährte das Reichsgericht anfangs Entschädigung nur bei rechtmäßigem hoheitlichem Handeln, so dehnte es mit dem Urteil vom 11.4.1933[45] die Entschädigung auf rechtswidrig verursachte Sonderopfer aus. Damit fand die Abkehr von der sog. Rechtmäßigkeitstheorie ihren Abschluß[46].

Heute, unter der Herrschaft des Grundgesetzes, ist der Aufopferungsanspruch im Bereich der Bundesrepublik Deutschland allgemein anerkannt, wenngleich hinsichtlich seiner Rechtsgrundlage noch Meinungsverschiedenheiten bestehen[47], denen aber keine große Bedeutung zukommt[48]. Der Bundesgerichtshof hat in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts den Anspruch aus Aufopferung und Enteignung weiter ausgebaut[49]. Richtungsweisend für dessen Rechtsprechung wurde der Beschluß des Großen Zivilsenats vom 10.6.1952[50]. In dieser Entscheidung prägte er den Begriff des enteignungsgleichen Eingriffs und grenzte die Enteignung und den enteignungsgleichen Eingriff gegenüber der Aufopferung ab. Unter Enteignung versteht der Große Senat "einen gesetzlich zulässigen

---

43) Vgl. RGZ 41, 193.

44) Vgl. RGZ 105, 251; 109, 310; 116, 268; 150, 9.

45) RGZ 140, 276. 46) So BGHZ 13, 93.

47) So ist bestritten, ob das Rechtsinstitut des Aufopferungsanspruchs kraft gewohnheitsrechtlicher Übernahme der §§ 74, 75 EinlALR (so z.B. BGHZ 16, 374; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S.327; Fr.Mayer, Staats- und Verwaltungsrecht, S.205) oder schlechthin als allgemein gültiger Rechtsgedanke Geltung hat (so z.B. RGZ 102, 391; BGHZ 9, 85 ff.; 11, 249; 16, 374; 20, 64; BVerwG, NJW 1957, 236; Scheuner, Verfassungsschutz, S.104; Weber, Grundrechte, S.351).

48) Vgl. Wolff, Bd.1, 371.

49) Art.14 GG, der die Vorschrift des Art.153 WeimVerf. ablöste - diese Bestimmung galt auch, nachdem die Weimarer Reichsverfassung durch die Verordnung des Reichspräsidenten außer Kraft gesetzt worden war, bis zum Erlaß des Bonner Grundgesetzes als fortgeltender Bestandteil des Reichsrechts weiter, vgl. RGZ 156, 305; 161, 368; BGHZ 6, 274 - erneuerte und betonte noch stärker den Schutz des Eigentums.

50) BGHZ 6, 270 ff.

zwangsweisen staatlichen Eingriff in das Eigentum, sei es in der Gestalt der Entziehung oder der Belastung, der die betroffenen Einzelnen oder Gruppen im Vergleich zu anderen ungleich besonders trifft, und sie zu einem, den übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt und zwar zu einem Opfer, das gerade nicht den Inhalt und die Grenzen der betroffenen Rechtsgattung allgemein und einheitlich festlegt, sondern das aus dem Kreis der Rechtsträger einzelne oder Gruppen von ihnen unter Verletzung des Gleichheitssatzes besonders trifft" 51). Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes ist es aber geboten, auch "unrechtmäßige Eingriffe des Staates in die Rechtssphäre eines einzelnen dann wie eine Enteignung zu behandeln, wenn sie sich für den Fall ihrer gesetzlichen Zulässigkeit sowohl nach ihrem Inhalt wie nach ihrer Wirkung als eine Enteignung darstellen würden, und wenn sie nach ihrer tatsächlichen Wirkung dem Betroffenen ein besonderes Opfer auferlegt haben" 52). Den tragenden Grundgedanken, der zu einer entschädigungsrechtlichen Gleichbehandlung von rechtmäßigen (Enteignung) und rechtswidrigen (enteignungsgleicher Eingriff) Eingriffen von hoher Hand in die Rechtssphäre des einzelnen zwingt, hat der Große Senat in Übereinstimmung mit den Darlegungen des Reichsgerichts in RGZ 140, 276 (283), darin erblickt, daß beide Eingriffe den Betroffenen in ganz der gleichen Weise mit einem Sonderopfer belasten. Verweist der Große Senat auch zur weiteren Begründung seiner Ansicht auf die Entscheidung des Reichsgerichts, so erfährt das Entschädigungsrecht doch insoweit eine wichtige Neuerung, als der Bundesgerichtshof für solche, die sich, wenn sie rechtmäßig wären, als Enteignung darstellen würden, den Begriff des enteignungsgleichen Eingriffs verwendet, während das Reichsgericht diese rechtswidrigen Sonderopfer dem Rechtsinstitut der Aufopferung zugeordnet hatte 53).

Diese Entwicklung fand ihren vorläufigen Abschluß in dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 16.10.1952 54), wonach der durch einen rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriff von hoher Hand Geschädigte nicht nur dann einen Anspruch auf Entschädigung hat, wenn der Eingriff schuldlos, sondern auch dann, wenn er schuldhaft gewesen ist 55) 55a).

---

51) BGHZ 6, 280. 52) BGHZ 6, 290.

53)1 Vgl. hierzu Dürig, JZ 1954, 4 ff.; derselbe, JZ 1955, 523; Janssen, S.76; Schack, JZ 1956, 425 ff.; Scheuner, DÖV 1954, 587 ff.

54) BGHZ 7, 296.

55) Dieser Anspruch tritt neben den Schadensersatzanspruch aus § 839 BGB (so BGHZ 13,88; vgl. hierzu Forsthoff, Verwaltungsrecht, S.330; Kuschmann, NJW 1966, 574 ff. m.z.Hinw.; siehe auch unten § 9). Damit hat die Rechtsprechung ein fast lückenloses und gestaffeltes System öffentlich-rechtlicher Entschädigung geschaffen. Die noch bestehende Lücke versucht Franke, VerwArch, Bd.57, S.357 ff., mit dem Rechtsinstitut des Folgenentschädi-

Der Bundesgerichtshof hält weiterhin daran fest, daß die Enteignung nur ein, "wenn auch ungemein bedeutsamer Sonderfall der Aufopferung ist" [56]. Er grenzt den Anwendungsbereich des Enteignungs- und Aufopferungsrechts in der Weise ab, daß jedem den einzelnen ungleich belastenden Eingriff von hoher Hand, der sich gegen vermögenswerte Rechte richtet, Enteignungscharakter beizumessen ist, während bei einer Beeinträchtigung anderer Güter als vermögenswerte Rechte im weitesten Sinne die Grundsätze eingreifen, die die Rechtsprechung in entsprechender Anwendung der §§ 74, 75 EinlALR zu dem Aufopferungsanspruch entwickelt hat [57]. Diese Abgrenzung dient aber nur der rechtlichen Klarstellung, denn soweit Voraussetzung, Maß und Inhalt der Entschädigungspflicht in Frage stehen, decken sich der Anspruch aus Enteignung und aus Aufopferung. Der Bundesgerichtshof führt die Enteignungsentschädigung als auch die Aufopferungsentschädigung auf eine gemeinsame Wurzel, nämlich den Gleichheitssatz, zurück. Der Verstoß gegen den Gleichheitssatz kennzeichnet sowohl die Enteignung als auch die Aufopferung. Gerade um ihn wieder auszugleichen, fordern die Enteignung und die Aufopferung einen diesen Ausgleich gewährleistende Entschädigung [58].

Der Aufopferungsanspruch reicht nach dem oben ausgeführten nur sachlich insoweit weiter, als er nicht auf den Schutz vermögenswerter Rechte beschränkt ist. "Soweit aber ein hoheitlicher Eingriff" - sei er nun rechtmäßig oder rechtswidrig - "in Vermögensrechte im weitesten Sinne vorliegt, wird der allgemeine Aufopferungsanspruch durch die Sonderregelung, welche die Enteignung durch die ebenfalls unter der Herrschaft des Gleichheitssatzes stehende Eigentumsgarantie des Art. 14 GG gefunden hat, verdrängt" [59]. Aufopferung und Enteignung unterscheiden sich somit nur noch hinsichtlich des Eingriffsobjekts, nicht aber danach, ob der Eingriff rechtswidrig und schuldhaft gewesen ist. Damit hat die Rechtsprechung, worauf Dürig hinweist [60], die Gleichsetzung von Aufopferung und Ent-

---

gungsanspruchs zu schließen.

55a) Bezüglich der unterschiedlichen Rechtsprechung des RG zur Anwendung des § 75 EinlALR auf rechtswidrige Eingriffe vgl. Heidenhain, S. 81 ff. Zur Problematik der Unterscheidung von rechtmäßigem und rechtswidrigem Handeln vgl. Luhmann, S. 131 ff., 133 m.z.Hinw. Vgl. auch Konow, JR 1966, 16 f.

56) Vgl. BGHZ 13, 91.

57) So der Große Senat des BGH, BGHZ 13, 90.

58) Vgl. BGHZ 6, 280; 13, 91. Nach Dürig, JZ 1955, 522, wird der Gleichheitssatz damit zum Ausgleichsatz.

59) So BGHZ 13, 91.

60) JZ 1954, 12.

eignung vollzogen [61]. Deshalb gilt das von der Rechtsprechung für die Enteignung und den enteignungsgleichen Eingriff Ausgeführte auch für die Aufopferung.

2. Voraussetzung für einen Anspruch auf Entschädigung ist somit in Parallele zur Enteignung ein hoheitlicher Eingriff in ein immaterielles Rechtsgut, durch den dem Betroffenen ein besonderes Opfer abgenötigt worden ist [62]. Fraglich ist nur, ob außer der Entschädigung von Körperschäden, die die Rechtsprechung gewährt [63], für das Rechtsinstitut der Aufopferung noch Raum bleibt [64]. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage noch nicht entschieden. Er läßt aber keinen Zweifel daran, daß der in § 75 EinlALR normierte Grundsatz der Entschädigungspflicht des Staates in dieser Gesetzesbestimmung selbst gegenständlich nicht beschränkt ist, sondern jedes Sonderopfer umfaßt, das der einzelne an irgendwelchen Rechtsgütern zum Wohle der Allgemeinheit zu erbringen genötigt ist. "Die Stellung, die der einzelne nach heutiger Anschauung zum Staat einnimmt, und der im heutigen Rechtsstaat dem einzelnen verfassungsmäßig garantierte Schutz seiner wichtigsten Lebensgüter gebieten, daß ein Schaden, der dem einzelnen im Interesse der Allgemeinheit durch Eingriffe in diese Lebensgüter zugefügt wird, nicht von dem einzelnen, sondern von der Allgemeinheit getragen wird" [65]. Als wichtigste Lebensgüter führt der Bundesgerichtshof Leben, Gesundheit, Freiheit und Eigentum an [66]. Diese Aufzählung ist aber nicht abschließend. Vielmehr kann auch der Eingriff in andere

---

61) Auch Scheuner, DÖV 1955, 545, spricht davon, daß die Grenze zwischen der Aufopferung und der Enteignung verwischt worden sei. So auch Haas, S.12, der in der Schaffung eines Instituts des "enteignungsgleichen Eingriffs" den Zweck und Erfolg der Junctim-Klausel entwertet sieht. Die Rechtsprechung des BGH zur Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff stieß anfangs auf Kritik. Später folgte ihr der überwiegende Teil der Lehre. Vgl. hierzu Heidenhain, S.93, Fußn. 51, 52, m.z.Hinw.

62) Vgl. Schneider, Enteignung und Aufopferung, S.104; Wolff, Bd.1, § 61 II, S.372.

63) Vgl. BGHZ 9, 83 ff.; a.A. RGZ 156, 305.

64) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S.328, läßt diese Frage unbeantwortet. Schack, 41. DJT. S.13, meint:"Wie groß der dem Aufopferungsanspruch außerhalb der Enteignungsentschädigung bei rechtmäßiger Schädigung verbleibende Raum ist, ist schwer zu übersehen, aber er ist entgegen mancher Anschauung auf keinen Fall unbeträchtlich".

65) So BGHZ 9, 91.

66) Überholt ist daher die Argumentation von Schwarze, Der Gerichtssaal, Bd. 36, S.114, der eine Rechtspflicht des Staates zur Entschädigung des Freigesprochenen bezügl. der von ihm erlittenen UHaft in Analogie zur Enteignung

Rechtsgüter den Anspruch auf Entschädigung auslösen. Dies ergibt sich daraus, daß Kennzeichen der Aufopferung nicht der Eingriff in bestimmte Kategorien von Rechten ist, sondern allein der Verstoß gegen den Gleichheitssatz[67]). Ist es aber gerade dieser Verstoß gegen den Gleichheitssatz, der die innere Begründung und Rechtfertigung für die Entschädigungspflicht darstellt, dann trifft dieser innere Grund auch für Eingriffe in sonstige geschützte Rechtsgüter zu. Geschütztes Rechtsgut ist somit bei der Aufopferung jedes subjektive Recht und schutzwürdige Interesse[68]). Damit ist auch die Ehre ein aufopferungsfähiges Rechtsgut unabhängig davon, ob sie zu den "sonstigen Rechten" im Sinne des § 823 Abs.1 BGB zählt[69]). Nipperdey[70]) weist mit Recht darauf hin, daß, wenn die Achtung und der Schutz der Persönlichkeit[71]) der schlechthin überragende Rechtsgrundsatz der Rechtsordnung überhaupt ist, es bereits nach geltendem Recht unhaltbar ist, der Beziehung des Menschen zu dem Persönlichkeitsgut der Ehre den Rechtscharakter zu versagen, während er zugunsten der Sachgüter anerkannt wird.

In der Einleitung eines Strafverfahrens kann noch kein Eingriff in subjektive Rechte gesehen werden, da hier noch keine Aussage über den Beschuldigten gemacht und noch keine Wertung über die betreffende Person vorgenommen worden ist. In diesem Anfangsstadium ist alles noch offen. Es wird hier erst das Material gesammelt und gesichtet, um zu klären, ob überhaupt ein hinreichender Tatverdacht besteht. Ein Eingriff liegt in diesem Anfangsstadium aber dann vor, wenn der Beschuldigte bestimmten, in der Strafprozeßordnung geregelten Zwangsmaßnahmen unterworfen wird, z.B. Untersuchung in einer Heil- oder Pflegeanstalt gemäß § 81 StPO, körperliche Untersuchung gemäß § 81a StPO, Beschlagnahme und Durchsuchung von Geschäftsräumen gemäß den §§ 94 ff., 102 StPO,

---

ablehnt, da der Entzug der Freiheit nicht dem Entzug des Eigentums gleichzusetzen sei. Ähnliche Gründe führt auch Köhler, S.339 ff., an. A.A. bereits Merkel, § 708 Anm.2.

67) Daraus folgert Janssen, S.68, daß die Verletzung eines Rechts nicht das entscheidende Merkmal der Aufopferung sei. Begriffsmerkmal der Aufopferung im Sinne der §§ 74, 75 Einl ALR sei nur die Nötigung zu einem besonderen Opfer durch Rechtsakt, d.h. durch jede Tätigkeit, welche von der Staatsgewalt ausgeht und unter dem Schutz ihrer Autorität vorgenommen wird.

68) Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S.328 f.; Wolff, Bd.1, § 61 II a, S.372.

69) Vgl. hierzu Esser, Schuldrecht, § 202, S.843 ff.; Palandt, § 823 Anm.6; Einführung vor § 1 Anm.2; Soergel-Siebert, § 823 Rdnr.37, 38.

70) Nipperdey, Die Würde des Menschen, S.38.

71) Jetzt wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Art.1 Abs.1 Satz 2, Abs. 2 GG entnommen und über § 823 BGB geschützt; vgl. BGHZ 13, 334; 15, 257;

Anordnung der Untersuchungshaft gemäß § 112 StPO. In der Regel kann aber erst von einem Angriff in subjektive Rechte gesprochen werden, wenn die Staatsanwaltschaft Anklage erhoben und das Gericht sie zur Hauptverhandlung zugelassen hat. Mit der Erhebung der Anklage ist der Vorwurf verbunden, der Betroffene habe sich schuldig gemacht und müsse deshalb bestraft werden [71a]. Dieser Vorwurf, der durch das Gericht überprüft werden soll, stellt einen Eingriff in die Ehre und soziale Stellung des Angeklagten dar, der finanzielle Einbußen zur Folge haben kann [72]. Das Odium der Anklage mit ihrer weiten Publizitätswirkung versetzt jeden Menschen in einen sozialen Status zweiter Ordnung [73].

3. Dieser Eingriff erfolgt auch im öffentlichen Interesse. Das Tätigwerden der Staatsanwaltschaft, ihrer Hilfsorgane und der Strafgerichte hat seine Ursache allein im öffentlichen Interesse. Der Staat ist zum Wohle des Gemeinwesens und seiner Bürger verpflichtet, für die Einhaltung seiner Gesetze, für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu sorgen und notfalls durch Bestrafung des Übeltäters, des Rechtsbrechers, die Einhaltung seiner Gesetze zu erzwingen. So betonte treffend W. Jellinek: "Das mindeste, was wir vom Staat verlangen, ist, daß er Ordnung in seinem Innern hält" [74].

Ob durch die Maßnahmen der Justiz die Allgemeinheit tatsächlich einen Vorteil erlangt, ist nicht entscheidend. Wesentlich für einen Aufopferungsanspruch ist nur, daß der Eingriff seine Legitimation in der Wahrnehmung öffentlicher Interessen sucht. Die Voraussetzungen für einen Aufopferungsanspruch liegen schon dann vor, wenn der Staat sich durch den das Opfer des einzelnen hervorrufenden Eingriff einer ihm obliegenden Aufgabe entledigen wollte [75]. Die Formulierung des § 75 EinlALR "zum Wohle des gemeinen Wesens" bedeutet also nur dasjenige, was jedem hoheitlichen Verwaltungsakt anhaftet, nämlich, daß die Maßnahme für den Staat zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgabe und mithin im öffentlichen Inter-

---

24, 72 (77); 26, 354; 27, 286; 30, 11; 39, 131; a. A. RGZ 113, 414.

71a) In der Anklageschrift wird nicht ausgeführt, daß nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens der Angeschuldigte einer strafbaren Handlung verdächtig erscheint, sondern es wird dort die Behauptung aufgestellt, der Angeschuldigte habe sich einer strafbaren Handlung schuldig gemacht.

72) Vgl. Tiedemann, MDR 1964, 974.

73) So Dahs, NJW 1965, 83.

74) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 427.

75) Vgl. BGHZ 13, 92; 36, 388. Zur Frage des Gemeinwohls vgl. Lerche, JuS, 1961, 239 f.; Schack, DÖV 1951, 728 ff.; Wilke, S. 77 ff.

esse erlassen worden ist[76]. Entscheidend ist damit allein, daß der Staat, der seine Machtbefugnisse für sein Handeln aus dem Interesse der Allgemeinheit herleitet, dem Betroffenen mit hoheitlicher Zwangsgewalt gegenüber tritt. Der Begriff "Aufopferung" zeigt, daß der Betroffene das Opfer unfreiwillig leisten muß. Der Betroffene muß passiv sein. Ihm muß das Opfer abverlangt worden sein. Diese Voraussetzung ist bei Maßnahmen der Strafrechtspflege gegeben. Umstritten ist nur, ob Akte der Strafrechtspflege überhaupt einen Aufopferungsanspruch auslösen können.

4. Die ältere Literatur und Rechtsprechung hat die Verwaltungstheorie vertreten[77] und die Abgrenzung des Sonderopfers nach rein formalen Gesichtspunkten vollzogen. Nur ein Verwaltungsakt konnte eine Ersatzpflicht auslösen, nicht aber das Gesetz[78]. Schon früh hatte aber Anschütz, der der bekannteste Verfechter der sog. Einzeleingriffslehre war, erkannt, daß der Staat durch § 75 EinlALR gehalten ist, denjenigen, der seine besonderen Rechte und Vorteile zum Wohle des Ganzen hat aufopfern müssen, zu entschädigen, wobei es sowenig "auf die Form des zur Aufopferung nötigenden Staatsaktes" ankommt, "wie auf seine materielle Natur (Gesetz, Verordnung, Verfügung) oder auf die Stellung des Staatsorgans, von welcher der Akt ausgeht"[79]. Trotz dieser Erkenntnis beschränkte aber auch Anschütz den Aufopferungsanspruch auf Akte der Verwaltung. Er legte nämlich die Formulierungen "Einrichtung der Verwaltung" und "Maßregeln der inneren Verwaltung", die in der Kabinettsorder von 1831 enthalten sind, als Beschränkung des Aufopferungsanspruchs auf Verwaltungsakte aus[80]. Anschütz vertrat die Ansicht, durch die Kabinettsorder sei der Entschädigungsanspruch des Betroffenen bei den Majestäts- und Hoheitsrechten abgeschnitten worden. Namentlich bei Eingriffen durch die Gesetzgebung entfalle die Entschädigungspflicht des Staates. Dem Betroffenen stehe nur insoweit ein Anspruch zu, als dies ein Spezialgesetz ausdrücklich vorsehe. Unter die Majestäts- und Hoheitsrechte rechnet Anschütz auch die Staatstätigkeit "im Ressort der auswärtigen, Kriegs-, Finanzen- und Justizverwaltung" und beschränkte den Entschädigungsanspruch auf Maßnahmen der "inneren Verwaltung"[81]. Deshalb lehnte er auch eine Haftung des Staates für fehlgeleitete Maßnahmen der Strafrechtspflege ab, obgleich, wie er

---

76) So Janssen, S.113.
77) Vgl. Stödter, S.218 m.Nachw.
78) Vgl. Förster-Eccius, S.548.
79) Anschütz, VerwArch., Bd.5, S.86; derselbe, Reichsverfassung, Art.153 Anm.7, 9.
80) Anschütz, VerwArch., Bd.5, S.84 ff. .
81) Anschütz, a.a.O.

betont, nicht zu verkennen sei, "daß in solchen Fällen die Staatsgewalt den einzelnen zu einer Aufopferung zwingt" [82]. Auch Fleiner spricht davon, daß § 75 EinlALR durch die Kabinettsorder eingeschränkt worden sei, und daher namentlich auch bei Justizschäden keine Entschädigungspflicht bestehe [83].

Selbst das Reichsgericht, das die Einzeleingriffslehre übernommen hatte, entschied noch nach rein förmlichen Gesichtspunkten, ob ein entschädigungspflichtiges Sonderopfer vorlag. Es bejahte nur bei Eingriffen durch einen Verwaltungsakt ein Sonderopfer, nicht dagegen auch bei Eingriffen durch Gesetze, mit der Begründung, durch Gesetze würden sämtliche Bürger oder bestimmte Bürgerklassen gleichmäßig einer gleichen Beschränkung unterworfen werden [84]. Der Fehler dieser Schlußfolgerung bestand darin, daß man nicht zwischen den Akten der Staatsgewalt und ihren Folgen unterschied [85]. Hinzu kam, daß auch das Reichsgericht annahm, die Kabinettsorder beschränke den Aufopferungsanspruch auf Eingriffe durch die Verwaltung. So hatte noch der Große Senat des Reichsgerichts in seinem Impfschädenbeschluß vom 26. November 1937 unter Berufung auf die Kabinettsorder eine Entschädigung wegen Gesundheitsbeschädigung, die durch eine Pockenschutzimpfung verursacht worden war, abgelehnt, weil § 75 EinlALR nur auf die Fälle angewendet werden könne, in denen der Eingriff in die geschützte Rechtssphäre auf der Anordnung einer Verwaltungsbehörde beruhe, nicht dagegen auch auf solche, in denen der Eingriff aufgrund eines Aktes der Gesetzgebung erfolge [86].

Gegen diese Einschränkung der Entschädigungspflicht hat sich der Bundesgerichtshof, der die Einzelakttheorie übernommen hat, ausgesprochen. Er gewährt in ständiger Rechtsprechung auch bei durch Gesetz angeordneten hoheitlichen Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit einen Aufopferungsanspruch [87]. In seinen Entscheidungen betont er, daß der Kabinettsorder vom 4. Dezember 1831 nicht die

---

82) Anschütz, VerwArch., Bd.5, S.96 f., 98: "Nicht mit Unrecht hat man den Vergütungsanspruch des unschuldig Verurteilten mit der Entschädigungsforderung des Expropriaten in Parallele gestellt. Die Ausgleichung der Vermögensbeeinträchtigung, welche legale Handhabung der richterlichen Gewalt herbeiführte, ist eine wichtige Aufgabe der Spezialgesetzgebung".

83) Fleiner, Institutionen, S.295.

84) So RGZ 127,281; vgl. auch RGZ 116,271; 128,28;129,149 m.w.Hinw.; 133, 126; 144,333; 156,310,311. Eine Ausnahme machte das RG zum Teil dann, wenn das Gesetz einen Einzeleingriff in bestehende Rechte vornahm; vgl. RGZ 128,171; 129,149.

85) Vgl. Janssen, S.102.

86) RGZ 156, 305 (310).

87) Vgl. BGHZ 9,83; 17,172; 18,286; 20,61; BGH, NJW 1957, 948; BGHZ 25, 238; 36,379; BGH, NJW 1964, 2206.

einschränkende Bedeutung beigemessen werden könne, die ihr noch das Reichsgericht beigelegt habe, da diese nur dem allgemeinen Grundsatz habe Ausdruck verleihen wollen, daß die vom Gesetz geforderten und gewollten Opfer keine Entschädigungsansprüche begründen können, weil im allgemeinen die gesetzlich angeordneten Maßnahmen für alle Bürger oder einen unbestimmten Kreis von ihnen in gleicher Weise ein Tun, Dulden oder Unterlassen verlangen würden, mithin dem einzelnen kein von den übrigen nicht gefordertes Opfer auferlegt werde.

Ist bei dem Rechtsinstitut der Aufopferung allein das Zurückgehen auf den Gleichheitssatz (Art. 3 GG) das materielle Kriterium für die Beurteilung der Frage, ob dem Betroffenen ein entschädigungspflichtiges Sonderopfer auferlegt worden ist[88], dann müssen auch Akte der Rechtsprechung ebensogut wie solche der Verwaltung und Gesetzgebung Aufopferungsansprüche auslösen können[89]. So hat Haas[90] als erster mit Recht darauf hingewiesen, daß die frühere Auffassung, nur Exekutivakte könnten Enteignungen sein, durch die Einbeziehung der Rechtsprechungsakte berichtigt werden müsse, nachdem sie schon durch die Erweiterung auf Legislativakte durchlöchert worden sei[91].

Ein Aufopferungsanspruch gegenüber Akte der Justiz ist aber nur dann zu bejahen, wenn nicht andere Gründe dem entgegenstehen. Als Grund, warum zu Beginn dieses Jahrhunderts allgemein Entschädigungsansprüche bei Handlungen der Justiz verneint worden sind, nennt Otto Mayer die eigentümliche Art, wie man damals die Justiz und ihr Werk zu betrachten gewohnt gewesen sei. Damals wurde die Behauptung aufgestellt, das öffentliche Gewissen werde schwer bedrückt sein, wenn man nicht annehme, daß bei der Justiz, bei der alles auf die Durchsetzung des Rechts gerichtet sei, das Recht auch wirklich seine volle Befriedigung finde. Gelänge es den unteren Instanzen nicht sofort, die richtige Entscheidung zu treffen, so seien die oberen Instanzen dazu da, die Entschädigung zu korrigieren. Habe aber die Justiz eine Sache endgültig erledigt, so müsse sie als gut erledigt angesehen werden, auch wenn dies keineswegs immer der Fall sei. Aber die Justiz drücke die Augen zu, und das Volk lasse es gefühlsmäßig so gelten, und diese Selbsttäuschung sei eine sehr segensreiche Einrichtung. Nichts sei mehr geeignet, den wohltätigen Schleier zu zerreißen als die Zulassung von Entschädigungsklagen

---

88) Vgl. BGHZ 6, 270; 9, 83 (90).

89) Diese Konsequenz wird auch von Luhmann, S. 124, gezogen, wenngleich dieser aus anderen Gründen heraus Entschädigungsansprüche bei Handlungen der Rechtsprechung ablehnt.

90) A.a.O., S. 41.

91) Vgl. auch Kröner, Die Eigentumsgarantie, S. 25 f.

gegen den Staat wegen schlechter und schadensstiftender Urteile seiner Zivil- und Strafgerichte [92]. In jüngster Zeit lehnt Luhmann eine Entschädigungspflicht ab, da das Rechtskraftprinzip sonst seine "Befriedungsfunktion" nicht erfüllen könne, wenn es "durch eine solche Einrichtung leck geschlagen" werden würde. Im Rechtskraftgedanken sei das Subsidiaritätsprinzip der Entschädigung mit enthalten [93].

Auch der Bundesgerichtshof verneint einen Aufopferungsanspruch gegenüber objektiv unrichtigen richterlichen Urteilssprüchen. In einem Urteil vom 19.2.1962 hat er einen Aufopferungsanspruch für eine aufgrund eines Beschlusses des Erbgesundheitsgerichts vorgenommene Unfruchtbarmachung abgelehnt, obgleich die Voraussetzungen für einen derartigen Eingriff nicht vorgelegen haben [94]. Der Bundesgerichtshof geht in diesem Urteil davon aus, daß das Verfahren vor den Erbgesundheitsgerichten auch als ein Erkenntnisverfahren in einer Rechtssache im Sinn des § 839 Abs.2 BGB anzusehen sei. Es heißt dann in diesem Urteil weiter, daß auch objektiv unrichtige Richtersprüche rechtskräftig werden und von jedem Staatsbürger hingenommen werden müssen, es sei denn, daß ihre Beseitigung im Wege eines gesetzlich bestimmten Rechtsmittels oder im Falle ihrer Rechtskraft durch ein gesetzlich für zulässig erklärtes und besonders geregeltes Wiederaufnahmeverfahren möglich sei. Der Bundesgerichtshof beruft sich dabei auf die jeder Rechtsordnung innewohnende Forderung, wonach jeder Bürger sich den gerichtlichen Erkenntnisverfahren und den in ihnen durch Richter ergehenden Urteilen oder urteilsvertretenden Entscheidungen zu beugen habe, auch wenn dabei im Einzelfalle seine Einzelrechte und -interessen Nachteile erleiden. Daraus ergebe sich, daß insoweit eine jeden Bürger treffende allgemeine Gefahren- und damit Opferlage bestehe, so daß auch der objektiv unrichtige richterliche Urteilsspruch mit dem damit etwa verbundenen Eingriff in die Rechte des einzelnen, sei es auch in die körperliche Unversehrtheit oder in die Freiheit, nicht ein den einzelnen ungleich treffendes Sonderopfer darstelle. Die Ansicht, daß bei objektiv unrichtigen Urteilen grundsätzlich kein Auf-

---

92) Otto Mayer, Verwaltungsrecht, Bd.2 S.313, 314 m.w.Hinw. auf die verschiedenen Argumente, mit welchen ein Teil der Lehre den Ausschluß der Entschädigung zu rechtfertigen suchte.

93) Luhmann, S.123 f.

94) BGHZ 36, 379. Vgl. hierzu die Anm. von Lewald, NJW 1962, 1500; Anm. von Schack, DÖV 1962, 904; Anm. von Schultz, MDR 1962, 791. Zum Problem der ungerechtfertigten Sterilisation vgl. Wilke, S.87, m.w. Hinw. auf die Rechtsprechung.

opferungsanspruch bestehe [95], wird, so meint der Bundesgerichtshof, durch die Tatsache bestätigt, daß sogar Schadensersatzansprüche wegen Amtspflichtverletzung von Richtern bei Urteilssprüchen vom Gesetz nur in einem eng begrenzten Rahmen gegeben werden (§ 839 Abs.2 BGB) [96].

Auf die Berechtigung dieser Einwendungen einzugehen, erübrigt sich, da sie alle Nachteile betreffen, die durch objektiv unrichtige Urteile herbeigeführt worden sind. Zur Erörterung stehen hier aber nur solche Schäden, die während des Strafverfahrens insbesondere durch die Erhebung der öffentlichen Anklage, durch deren Zulassung zur Hauptverhandlung und durch prozessuale Zwangsmaßnahmen [97] entstanden sind. Bei derartigen Handlungen, seien es solche der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts, kann die Zuerkennung eines Aufopferungsanspruchs weder zu einer Auflösung des Rechtskraftgedankens führen, noch kann dadurch das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs.2 BGB ausgehöhlt werden. Zudem handelt es sich bei den zur Erörterung stehenden hoheitlichen Maßnahmen nicht um solche, die wie das Urteil aufgrund strenger Beweisgrundsätze erfolgen, sondern um solche, die in einem Verfahrensabschnitt vorgenommen werden, in dem die unbestimmte Erscheinung des bloßen Verdachts herrscht.

Somit steht grundsätzlich nichts im Wege, wenigstens bei Maßnahmen, die der Durchführung des Haupverfahrens dienen und die eine Person treffen, die nicht Delinquent ist, Aufopferungsansprüche zu bejahen [98] und damit die Ansprüche nach § 467 Abs.2 StPO als Aufopferungsansprüche zu charakterisieren, wenn dem Betroffenen ein Sonderopfer auferlegt worden ist.

5. Darüber, wann nun im Einzelfall ein entschädigungspflichtiges Sonderopfer vorliegt, gehen die Meinungen weit auseinander. Auch die Rechtsprechung der oberen Gerichte hierzu ist nicht einheitlich. Grundgedanke des Aufopferungsan-

---

95) Forsthoff, Verfassungsmäßiger Eigenschutz, S.27, möchte von diesem Grundsatz insoweit eine Ausnahme machen, als es sich um Urteile des BVerfG handelt, durch die ein Normkonflikt entschieden wird, da hier ein Fall normativer Setzung in der Form eines richterlichen Urteils vorliege und kein Akt der Rechtsprechung im Sinne der Gewaltenteilungsdoktrin.

96) Auch Groß, RiA, Bd.10, S.326 f., verneint bei Fehlurteilen Entschädigungsansprüche, da Fehlurteile als solche noch keine Gleichheitsverletzung darstellen und andernfalls das Privileg des § 839 Abs.2 BGB ausgehöhlt werden würde.

97) Vgl. hierzu Peters, Strafprozeß, § 46, S.350 ff.

98) Vgl. Janssen, S.108, 109; M.Meyer, Der Schutz, S.335.

spruchs ist, daß, wenn einem einzelnen im öffentlichen Interesse eine besondere Last, ein Sonderopfer, auferlegt wird, die von seinen Mitbürgern nicht im gleichen Maße zu tragen ist, diesem ein Entschädigungsanspruch zusteht [99]. Der Bundesgerichtshof lehnt für die Feststellung des besonderen Opfers die von W. Jellinek [100] begründete Schutzwürdigkeitstheorie und die Zumutbarkeitstheorie Stödters [101] ab, da sie zu farblose und dehnbare Begriffe enthalten würden [102]. Diese könnten keinen "greifbaren, einheitlichen, vor allem auch nur einigermaßen übereinstimmend zu erkennenden und zu handhabenden materiellen Wertmaßstab" darstellen [103]. Aber auch der Bundesgerichtshof, der die sog. Einzeleingriffslehre vertritt und das "besondere Opfer", in etwa formal bestimmt [104], vermag eine alle Abgrenzungsfragen von vornherein klar entscheidende Formel für die Überwindung dieser Schwierigkeite nicht anzugeben [105].

In seinem grundlegenden Impfschädenurteil vom 19.2.1953 hat der Bundesgerichtshof dargelegt, daß ein entschädigungspflichtiges Sonderopfer bei Eingriffen, die auf Gesetz beruhen, nicht vorliege, wenn das Gesetz für alle Bürger oder einen unbestimmten Kreis von ihnen eine gleiche Pflichtenlage geschaffen habe und von ihnen in gleicher Weise ein Tun, Dulden oder Unterlassen verlange, mithin dem einzelnen kein von den übrigen nicht gefordertes Opfer auferlege. Insbesondere liege dann ein besonderes Opfer nicht vor, wenn das Gesetz von dem von ihm

---

99) Vgl. Stödter, S. 78 ff.

100) Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 413.

101) Stödter, S. 193 ff., 204 ff. m.z.Hinw.; vgl. auch Janssen, S. 69.

102) Auch Anschütz, Die Verfassung, Art. 153 Anm. 9, lehnt die Schutzwürdigkeitstheorie ab, da sie dem richterlichen Ermessen zu viel Spielraum lasse.

103) Vgl. BGHZ 6, 279, 280; 17, 176.

104) Vgl. Wagner, NJW 1966, 569 ff.; DRiZ 1965, 114 ff. . Zur Kritik an dieser Einzeleingriffstheorie vgl. insbesondere Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 315 f. m.z.Hinw.

105) Schneider, DÖV 1965, 292, weist darauf hin, daß, da die Abgrenzungskriterien des BGH unbestimmt und mehrdeutig seien, der Instanzrichter sich insgeheim frage, ob der zu beurteilende Eingriff zumutbar sei, ob also die Eingriffsschwere das hinzunehmende Maß übersteige. Damit verwendet aber der Einzelrichter im Ergebnis das Abgrenzungskriterium des BVerwG, das das Kennzeichen der Enteignung bzw. der Aufopferung in dem materiellen Moment der Schwere und Tragweite des Eingriffs sieht; vgl. BVerwGE 5, 143 (145 f.); 7, 297 (299).

Betroffenen bewußt eine entsprechende Pflichterfüllung fordere und wenn es verlange, daß die Betroffenen die nachteiligen Folgen, die die gesetzlich angeordneten Maßnahmen für alle oder einen unbegrenzten Kreis von ihnen haben, hinnehmen. So verlangten die Wehrdienstgesetze ganz allgemein von allen tauglichen Männern, im Kriege Wehrdienst zu leisten und die damit verbundenen Nachteile und Gefahren auf sich zu nehmen, so daß der einzelne, wenn er bei der Erfüllung des Wehrdienstes Schaden erlitten habe, insoweit kein besonderes Opfer erbracht habe. Der Bundesgerichtshof billigt in einem Urteil vom 13. Februar 1956 nur deshalb einem Soldaten wegen einer Wehrdienstbeschädigung einen Anspruch aus Aufopferung zu, weil die Anwendung der Behandlungsmethode nicht entscheidend im Hinblick auf die Heilung des Kranken, sondern im Hinblick auf die damit verbundenen Forschungszwecke erfolgt sei, und es sich somit um die Auswirkungen eines neuen Gefahrenkreises gehandelt habe [106]. In weiteren Entscheidungen bekräftigt der Bundesgerichtshof immer wieder die Ansicht, daß alle diejenigen Opfer, die vom Gesetz gefordert und gewollt seien, Entschädigungsansprüche nicht begründen, und daß nur diejenigen Nachteile als ein besonderes Opfer angesehen werden könnten, die über das hinausgehen, was der einzelne nach dem Willen des Gesetzgebers hinzunehmen habe [107] [107a].

Welche durch gesetzlich angeordnete Maßnahmen hervorgerufenen konkreten Schäden hinzunehmen sind und damit kein Sonderopfer darstellen, und welche als Sonderopfer anzusehen sind, ist somit nach dem "erklärten Willen des Gesetzgebers" bzw. des Gesetzes zu beurteilen oder ergibt sich aus der "Natur der Sache". Reichen diese Kriterien nicht aus, so ist darauf zurückzugehen, "wie der Gesetzgeber die Grenze gezogen hätte, d.h. konkreter, wo nach allgemeiner Anschauung, nach dem vernünftigen Urteil der gerecht und billig Denkenden die Opfergrenze liegt" [108]. Das besondere Kennzeichen für den Aufopferungsanspruch ist der Verstoß gegen den Gleichheitssatz [109]. Bei der Beurteilung der hoheitlichen Maßnahme dürfen der Eingriff und seine Folgenerscheinungen nicht auseinandergerissen werden. Beide, der Eingriff selbst und seine Folgenerscheinungen, bilden einen einheitlichen natürlichen Vorgang [110].

---

106) Vgl. BGHZ 20, 61.

107) Vgl. BGHZ 17, 172 (175); 20, 61 (64); 25, 238 (240); 31, 191 (Anm. von Schack, JZ 1960, 261); 36, 379 (391), siehe oben Fußn. 94; 45, 290 (293).

107a) Zur Frage, wann bei rechtswidrigen Eingriffen ein Sonderopfer vorliegt, vgl. BGHZ 32, 211; 36, 391.

108) Vgl. BGHZ 17, 175.

109) Vgl. BGHZ 6, 270; 9, 83 (90); 25, 238 (241).

110) Vgl. BGHZ 9, 83 (86 f.); 25, 238 (241).

Die Strafprozeßordnung findet auf alle Bürger Anwendung. Das bedeutet aber, wie oben ausgeführt, noch nicht, daß die Eingriffe, die aufgrund dieser Vorschrift erfolgen, den einzelnen nicht ungleich treffen können. Es muß vielmehr entsprechend den Kriterien des Bundesgerichtshofs danach gefragt werden, ob nach dem Willen des Gesetzgebers bzw. des Gesetzes, das den Eingriff rechtfertigt, von dem Betroffenen bewußt gefordert wird und verlangt wird, daß er die nachteiligen Folgen, die die gesetzlich angeordnete Maßnahme für alle oder einen unbestimmten Kreis von ihnen hat, hinzunehmen hat.

Unerläßlich ist es, bestimmten Organen des Staates die Befugnis zu geben und sie zu verpflichten, gegen jeden Verdächtigen Anklage zu erheben, um in einer Hauptverhandlung das Gericht entscheiden zu lassen, ob ein verfolgbarer staatlicher Strafanspruch besteht. Die Strafprozeßordnung hat aber zahlreiche Änderungen erfahren, so insbesondere durch das Strafprozeßänderungsgesetz vom 19.12.196 1964[111], die insbesondere dem Zweck gedient haben, die Rechtsstellung des Beschuldigten und des Verteidigers im Strafverfahren zu verbessern[112]. Das Ziel der Änderungen war, nicht gerechtfertigte Eingriffe in die Rechtssphäre des Unschuldigen zu vermeiden. So hat gerade das Strafprozeßänderungsgesetz als wichtige Neuerung das unbeschränkte Recht des Verteidigers gebracht, dann, wenn die Ermittlungen abgeschlossen sind, die Akten einsehen zu können, bevor die öffentliche Anklage erhoben wird (147 StPO)[113]. Auch das Schlußgehör, das vor Erhebung der Anklage zu gewähren ist (§ 201 StPO), soll verhindern helfen, daß gegen einen Unschuldigen die öffentliche Klage erhoben wird. Aus diesem Grund ist schon bei der polizeilichen Vernehmung und Protokollierung der Aussage der Beschuldigten darauf hinzuweisen, daß es ihm freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern, oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen (§§ 136, 163 a StPO). Kein Zufall ist es, daß gerade das Strafprozeßänderungsgesetz vom 19.12. 1964 auch eine Erweiterung der gesetzlichen Bestimmungen über die Auslagenerstattung gebracht hat. Das Gesetz verlangt vom Unschuldigen nur, daß er die Untersuchungshandlungen der Staatsanwaltschaft, die dazu dienen, den Sachverhalt zu klären, hinzunehmen hat, nicht dagegen auch den Vorwurf, einen Straftatbestand erfüllt und sich damit strafbar verhalten zu haben[114]. Deshalb hat der

---

111) BGBl. I, 1067 ff. 112) Vgl. Dahs, NJW 1965, 81.

113) Aber auch schon vorher ist Akteneinsicht zu gewähren, vgl. § 147 StPO.

114) Sarstedt, JR 1961, 226, weist darauf hin, daß das gute Recht nicht etwas sei, "das die Obrigkeit dem Untertanen als eine Bringschuld frei Haus zu liefern habe", sondern es sei ein "desideratum", um das der Betroffene unter entschlossenem Einsatz aller ihm zur Verfügung stehenden Mittel kämpfen muß, wenn er das Recht nicht im Einzelfall zum Gegenstand

Beschuldigte auch das Recht, sich gegen diesen Vorwurf mit allen Mitteln, die ihm die Strafprozeßordnung gewährt, zur Wehr zu setzen, und er kann sich dabei insbesondere der Hilfe eines Rechtsanwalts bedienen, ja, in den in § 140 StPO aufgezählten Fällen hat ein Verteidiger mitzuwirken. Hat der Beschuldigte aber ein Recht, sich gegen den Vorwurf, sich strafbar gemacht zu haben, zu verteidigen - und gerade dieser in der öffentlichen Klage enthaltene Vorwurf greift in die Rechtssphäre des Betroffenen ein - so kann nicht behauptet werden, daß die aus der Wahrnehmung dieser Rechte entstandenen Vermögensnachteile solche seien, die nach dem Willen des Gesetzes der Betroffene hinzunehmen hat. Hat der Betroffene schon den Eingriff in seine Rechtssphäre nicht hinzunehmen, so hat er auch die vermögensrechtlichen Folgen dieses Eingriffs nicht zu tragen. Dieser Eingriff kann auch nicht dem Begriff des "allgemeinen Risiko" zugeordnet werden, den der Bundesgerichtshof in jüngster Zeit zur Bestimmung der Opfergrenze verwendet[115]. Dieser Begriff dient dem Bundesgerichtshof dazu, Opfer, die aufgrund einer allgemeinen Gefahren- und Opferlage, welcher der einzelne ausgesetzt ist, eintreten, aus dem Kreis der Aufopferungsfälle herauszunehmen, mögen diese auch den einzelnen besonders hart treffen. Wenn die Staatsanwaltschaft gegen einen Unschuldigen Anklage erhebt, so aktualisiert sich nicht bloß eine Gefahr, der jeder Bürger ausgesetzt ist[116] - mag sich auch die Einleitung eines Strafverfahrens noch als ein entschädigungslos hinzunehmendes allgemeines Risiko des sozialen Lebens darstellen -, sondern hier wird im Verlauf eines Strafverfahrens erst durch das Hinzutreten einer weiteren gegen den Unschuldigen gerichteten hoheitlichen Handlung, nämlich der Erhebung der Anklage und deren Zulassung zur Hauptverhandlung durch das Gericht, das besondere Opfer verursacht. Das Opfer, das dem Unschuldigen auferlegt wird, ist somit nicht die Folge einer allgemeinen Gefahrenlage. Dieser Nachteil stellt daher ein entschädigungspflichtiges Sonderopfer dar. Der Staat, der gegen einen, der nicht Delinquent ist, die öffentliche Anklage erhebt, bürdet dem Betreffenden eine diskriminierende Maßnahme auf, die er bei voller Kenntnis der wahren Sach- und Rechtslage nicht vorgenommen hätte. Es handelt sich bei diesem Eingriff um eine im Ergebnis irrtümliche Maßnahme, ohne daß damit aber der Eingriff zu einem rechtswidrigen wird. Ein Staat, der ein Rechtsstaat ist, und der gerade den Schutz des einzelnen Staats-

---

eines Kompromisses machen will, und dabei das Risiko eingeht, den Einsatz zu verlieren". Geht der Betroffene aber als Sieger hervor, so ergibt sich aus der Natur der Sache, daß der Staat dem Betroffenen die Auslagen zu erstatten hat. "

115) Vgl. BGH, NJW 1967, 621 (Schulunfall). Hierzu kritisch besonders Mohnhaupt und Reich, NJW 1967, 758 ff.

116) A.A. Tiedemann, MDR 1964, 974.

bürgers zu einem Kernpunkt seiner Verfassung gemacht hat, kann aber diesen von ihm begangenen Irrtum dem Unschuldigen nicht kostenrechtlich anlasten.

Daß es sich bei den Opfern, die der einzelne im Ermittlungsverfahren und im Hauptverfahren erbringen muß, nicht um solche handelt, die der einzelne nach dem Willen des Gesetzgebers, sozusagen alss staatsbürgerliches Risiko, entschädigungslos hinzunehmen hat, zeigt sich auch an den gesetzlichen Bestimmungen, die eine Entschädigung vorsehen, wie z.B. die Regelung in den §§ 467 Abs.2, 467a StPO, das Gesetz, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, und das Gesetz, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft.

Schließlich darf auch nicht übersehen werden, daß der Bundesgerichtshof - wenn auch nur obiter dictum - den Entschädigungsanspruch für unschuldig erlittene Untersuchungshaft und die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen als Konkretisierung des allgemeinen Aufopferungsanspruchs charakterisiert hat[117].

Somit stellt die Erhebung der öffentlichen Klage und die Durchführung von Zwangsmaßnahmen, welche die Strafprozeßordnung kennt, für den Unschuldigen ein Sonderopfer dar, und damit ist der Erstattungsanspruch nach den §§ 467 Abs.II, 467a StPO seinem Wesen nach ein Aufopferungsanspruch[118]. Das bedeutet aber, wie unten noch darzustellen ist[119], nicht, daß unabhängig davon, wie es zum Strafverfahren gekommen ist, aus dem Gesichtspunkt der Aufopferung heraus immer dann ein Ausgleich für die Beeinträchtigung der Rechtsposition geschuldet wird, wenn der Beschuldigte nicht verurteilt worden ist.

---

117) BGHZ 20, 61 (69).

118) Tiedemann, MDR 1964, 975, dem sich Schwarz-Kleinknecht, § 467a Anm.1, angeschlossen hat, bleibt auf halbem Wege stehen, wenn er die Pflicht des Staates zur Auslagenerstattung aus dem Recht des Beschuldigten auf Verteidigung herleitet, dennoch einen Aufopferungsanspruch ablehnt. Gerade dieses Recht auf Verteidigung (vgl. § 338 Ziff.8 StPO) ist ein Hinweis dafür, daß der Unschuldige im Strafverfahren den Eingriff in seine Rechtssphäre nicht hinzunehmen hat, und damit auch nicht die Vermögenseinbußen zu tragen hat.

119) Siehe § 13.

§ 9 VERHÄLTNIS DER ANSPRÜCHE AUS DEN §§ 467 ABS. 2, 467a StPO ZU ANDEREN ENTSCHÄDIGUNGS- UND SCHADENSERSATZANSPRÜCHEN

I. Aufopferungsanspruch

Inhalt und Zweck des Aufopferungsanspruchs ist es, den einzelnen für ein ihm auferlegtes Sonderopfer in billiger Weise zu entschädigen. Die Allgemeinheit soll dem Betroffenen das diesem zugemutete Sonderopfer dadurch tragen helfen, daß diesem für die Folgen eines Eingriffs, den er hinnehmen muß, seitens der Allgemeinheit eine billige Entschädigung in Geld zuteil wird[1]. Ein derartiger Ausgleich ist aber nur dann geboten, wenn der Betroffene nicht auf andere Weise entschädigt worden ist. Das bedeutet, daß der Aufopferungsanspruch gegenüber anderen Leistungen zurücktritt, wenn der eingreifende Hoheitsträger[2] bereits aufgrund anderweitiger Bestimmungen zu einer ausreichenden Entschädigung verpflichtet ist. Der Aufopferungsanspruch, der seiner Funktion nach nur ein äußerster Rechtsbehelf ist, ist subsidiärer Natur[3]. Deshalb können neben den Ansprüchen aus den §§ 467 Abs. 2, 467a StPO nicht auch Ansprüche aus Aufopferung geltend gemacht werden. Die gesetzliche Regelung ist insoweit abschließend. Dieses Ergebnis ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte.

§ 420 des Entwurfes einer Strafprozeßordnung - Entwurf des Bundesrates 1874 -, der dem Reichstag vorgelegt wurde, sah eine Erstattung der dem Beschuldigten entstandenen finanziellen Einbußen nicht vor. Erst während der Beratung der Justizkommission des Reichstages wurde der Antrag des Abgeordneten Reichensberger angenommen, daß im Falle des Freispruchs und bei einem erfolglosen Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft das Gericht die Auslagen des Angeklagten der Staatskasse auferlegen kann[4]. Zwar wurde die Möglichkeit, eine Auslagenerstattung auch in anderen Fällen vorzusehen, bei diesen Beratungen nicht erörtert, aber aus der Diskussion im Plenum ergibt sich, daß nur in den im Gesetz aufgeführten Fällen die Auslagen ersetzt werden sollen.

---

1) Vgl. BGHZ 20, 81 (83).
2) Ein durch die Aufopferung unmittelbar Begünstigter, der anstelle des eingreifenden Hoheitsträgers entschädigungspflichtig wäre, liegt nicht vor. Vgl. Wolff, Bd. 1, § 61 IV.
3) Vgl. BGHZ 20, 81 (83); 28, 297 (301); 45, 58.
4) Vgl. Hahn, III, S. 1592.

II. Amtshaftung

Neben diesen Ansprüchen auf Entschädigung ist es dem Beschuldigten unbenommen, auch Ansprüche auf Schadensersatz geltend zu machen, z.B. aus Haftung für schuldhafte Amtspflichtverletzung durch hoheitliche Tätigkeit, § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG [5].

Beide Ansprüche schließen sich nicht aus, weil es sich hier um zwei völlig verschiedenartige Ansprüche handelt, und die Ansprüche aus den §§ 467 Abs. 2, 467a StPO als gesetzlich normierte Aufopferungsansprüche keine andere Entschädigungsmöglichkeit im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB darstellen [6]. Der Auslagenerstattungsanspruch wurzelt im Verursachungsgedanken und führt zum unmittelbaren Einstehen des Staates für die Folgen hoheitlichen Eingriffes in die Rechtssphäre des einzelnen, wodurch diesem ein Sonderopfer auferlegt worden ist. Der Schadensersatzanspruch aus Amtspflichtverletzung ist dagegen im Verschuldensgedanken begründet. Er beruht auf der Übernahme fremder Deliktshaftung.

Besondere Bedeutung erlangt der Schadensersatzanspruch gemäß § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG deshalb, weil die Ansprüche aus den §§ 467 Abs. 2, 467 a StPO ihrem Umfang nach nur auf Erstattung der notwendigen Auslagen gehen und daher in der Regel hinter dem Schadensersatzanspruch zurückbleiben, der auf vollen Ausgleich des Schadens gerichtet ist. Zudem ist dieser Schadensersatzanspruch vom Ausgang des Strafverfahrens völlig unabhängig. Ob der Angeklagte wegen erwiesener Unschuld oder mangels Beweises freigesprochen wird, ist unerheblich. Ja sogar bei einer Verurteilung kann der Anspruch aus § 839 BGB geltend gemacht werden. Schließlich darf auch nicht übersehen werden, daß bei der Amtshandlung, soweit es sich um Ansprüche deliktischer Natur handelt, noch ein Anspruch auf Schmerzensgeld (§ 847 BGB) gegeben sein kann, ein Anspruch, den die §§ 467 Abs. 2, 467a StPO nicht kennen.

Die den Schadensersatzanspruch begründende Handlung kann von der Staatsanwaltschaft oder vom Gericht vorgenommen worden sein. Einem Amtshaftungsanspruch nach § 839 Abs. 1 BGB steht es nicht entgegen, daß die rechtswidrige Maßnahme, die den Schaden herbeigeführt hat, von einem Gericht angeordnet worden ist [7], denn nicht jede richterliche Entscheidung genießt das Privileg des § 839 Abs. 2 BGB, sondern nur Urteile in einer Rechtssache, wie es in dieser Bestimmung heißt.

---

5) Vgl. Schwarz-Kleinknecht, Vorbem. 4 vor § 464 StPO, § 1 UHaftEntschG Anm. 1.

6) Vgl. BGHZ 13, 188; Soergel-Siebert, § 839 Rdnr. 110.

7) Vgl. Soergel-Siebert, § 839 Rdnr. 200 ff.

Für den Begriff des Urteils im Sinne des § 839 Abs. 2 BGB ist nicht die formale Natur der Entscheidung maßgebend [8], sondern ihr materieller Inhalt. Die Gleichsetzung von Urteil im prozeßtechnischen Sinne mit anderen gerichtlichen Entscheidungen unter dem Begriff des "Urteils in einer Rechtssache" muß sich nach Ansicht des Bundesgerichtshofs aber auf Entscheidungen beschränken, die ihrem Wesen nach Urteil und diesem in allen wesentlichen Voraussetzungen gleichzusetzen, mithin "urteilsvertretende Erkenntnisse" sind [9]. Da die Entscheidungen des Gerichts über vorläufige Sicherungsmaßnahmen, wie z.B. der Erlaß eines Haftbefehls [10] oder die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis [11], nicht unter den für im Urteil wesentlichen Voraussetzungen getroffen werden und auch das Prozeßrechtsverhältnis nicht für diese Instanz beenden, sondern rein vorläufiger Natur sind und jederzeit abgeändert werden können, handelt es sich bei derartigen Entscheidungen nicht um Urteile in einer Rechtssache im Sinne des § 839 Abs. 2 BGB.

---

8) So RGZ 62, 367; 116, 90; RG, DR 1939, 1084.
9) So BGH, NJW 1964, 2402.
10) Vgl. BGHZ 27, 338 (346).
11) Vgl. BGH, NJW 1964, 2402.

§ 10 VERHÄLTNIS DER REGELUNG IN § 467 ABS. 2 StPO ZUR UNSCHULDSVERMUTUNG

I. Rechtspolitische Gesichtspunkte

Gemäß § 467 Abs.2 Satz 1 StPO können die dem Angeschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen der Staatskasse auferlegt werden, wenn der Angeschuldigte freigesprochen oder außer Verfolgung gesetzt oder das Verfahren gegen ihn eingestellt worden ist. Nur dann hat der Angeschuldigte einen Anspruch auf Auslagenerstattung, wenn das Verfahren die Unschuld des Angeschuldigten ergeben oder dargetan hat, daß gegen ihn ein begründeter Verdacht nicht vorliegt (§ 467 Abs.2 Satz 2 StPO).

In der Begründung des Regierungsentwurfs zum 3. Strafrechtsänderungsgesetz, durch welches § 467 Abs.2 Satz 2 StPO in die Strafprozeßordnung eingefügt worden ist, wird folgendes ausgeführt: "Es ist ein Gebot der Gerechtigkeit, diese Kann-Vorschrift" - gemeint ist die alte Regelung in § 467 Abs.2 StPO - "für die Fälle in eine Muß-Vorschrift umzuwandeln, in denen das Verfahren die Unschuld des Angeschuldigten ergeben oder dargetan hat, daß ein begründeter Verdacht gegen ihn nicht mehr besteht. Der Entwurf trägt diesem Gesichtspunkt durch die vorgeschlagene Regelung Rechnung" [1]. Weshalb es ein Gebot der Gerechtigkeit sein soll, nur in den Fällen dem Betroffenen einen Auslagenerstattungsanspruch zuzusprechen, in denen das Verfahren die Unschuld des Angeschuldigten ergeben oder dargetan hat, daß gegen ihn ein begründeter Verdacht nicht besteht, sagt die Begründung zur Änderung des § 467 Abs.2 StPO nicht.

Diesen Grund nennt uns aber die Begründung zum Gesetz, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, in welcher es heißt: "Bleibt ein begründeter Verdacht bestehen und ist die Freisprechung nur erfolgt, weil der geführte Beweis zu einer Verurteilung nicht ausreichte, so muß der Entschädigungsanspruch versagt bleiben. Es würde dem Rechtsbewußtsein zuwider laufen, wenn auch solche Personen aus Staatsmitteln entschädigt werden müßten, die aus dem Verfahren hervorgehen, ohne von dem auf ihnen lastenden Verdacht befreit zu sein, und nicht selten trotz ihrer Freisprechung von der Volksstimme als Schuldige bezeichnet werden" [2]. Von der Richtigkeit solcher Ansichten scheint der Gesetzgeber noch 1953 ausgegangen zu sein, sonst hätte er nicht die, bezüglich der Änderung des § 467 Abs.2 StPO, dürftig begründete Regierungsvorlage des 3. Strafrechtsänderungs-

---

1) Begründung der Bundesregierung zu § 467 Abs.2 StPO, 1. Wahlperiode, BT Drucksache Nr. 3713.

2) Begründung zum UHaftEntschG, zitiert bei Burlage, S.23.

gesetzes mit dem Hinweis auf die Regelung im Gesetz, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, ohne weitere Debatte angenommen.

Knüpft hier nicht der Gesetzgeber gedanklich an den gemeinrechtlichen Inquisitionsprozeß an, dessen einziger Zweck es ursprünglich gewesen ist, den "landschädlichen Mann" zu überführen, weshalb es nur zu einer absolutio ab instantia gekommen ist, wenn dem Richter die Überprüfung des Betroffenen nicht gelungen ist? Nur wenn das Verfahren die Unschuld erbracht hat, ist in jener Zeit eine Freisprechung erfolgt. Diese Unterscheidung, die schon dem liberalen Strafrechtsdenken unerträglich erschienen ist[3], weshalb im Zuge der liberalen Strafprozeßreform im letzten Jahrhundert die absolutio ab instantia durch einen Freispruch ersetzt worden ist, wirkt sich heute noch in der kostenrechtlichen Bestimmung des § 467 Abs. 2 StPO aus. Zwar stellt die Versagung der Erstattung der Auslagen keine Verdachtsstrafe dar, da es nicht deren Sinn und Zweck ist, dem Betreffenden ein Übel zuzufügen[4], dennoch stellt sich die Frage, ob diese Regelung mit der Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 MRK vereinbar ist.

Daß dieser Grundsatz auch für das Kostenrecht Bedeutung haben müsse, darauf wiesen schon die Abgeordneten im Reichstag bei der Beratung der Strafprozeßordnung hin. So vertrat der Abgeordnete Reichensberger die Ansicht, daß er den Staat für verpflichtet halte, dem freigesprochenen Angeklagten die notwendigen Auslagen der Verteidigung zu ersetzen. Zwar könne man einwenden, aus der Tatsache der Freisprechung folge noch keineswegs, daß der Betreffende unschuldig sei; indessen stehe dem Letzteren doch die allgemeine Rechtsvermutung qui libest praesumitur bonus etc. zur Seite. Gegen den Freigesprochenen habe im vermeintlichen Interesse der Sicherung der öffentlichen Ordnung eine Verfolgung stattgefunden, die, wie sich nachmals ergeben, der Sachlage nicht entsprechend gewesen sei[5].

Es ist zwar zuzugeben, daß bei manchen Staatsbürgern das Gefühl der Rechtssicherheit erschüttert wird, wenn infolge der strengen Beweiserfordernisse unseres Strafverfahrens Straftaten ungeahndet bleiben. Es darf aber auch nicht übersehen werden, daß das Vertrauen in die Rechtsordnung und das Rechtsgefühl des einzelnen, auf das sich der Gesetzgeber bei der Kostenregelung immer beruft, mehr Schaden erleidet, wenn der einzelne nicht darauf bauen kann, nur bei vollem Nachweis

---

3) Vgl. von Hippel, Strafprozeß, S. 24, 37, 40.
4) Vgl. Baumann, GA 1957, 405.
5) Reichensberger, Hahn, Bd. 3, Teil I, S. 1145.

einer Verfehlung strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden und für den Fall, daß dieser Nachweis nicht geführt werden kann, ohne nachteilige Folgen, und seien sie nur finanzieller Art, aus dem Strafverfahren hervorgehen zu können. Der Unschuldige muß die Gewißheit haben, nicht nur ohne Verurteilung, sondern auch ohne finanzielle Einbußen aus dem Verfahren hervorzugehen.

Die durch das Strafprozeßänderungsgesetz vom 19.12.1964 [6] erfolgte Änderung und Ergänzung des § 467 StPO hat die ganze Problematik der Regelung in Absatz 2 dieser Bestimmung nicht beseitigt, da sich materiell rechtlich nichts an der Regelung der Auslagenerstattung in § 467 StPO geändert hat [7]. Die in § 467 StPO neu eingefügten Absätze IV und V bestimmen lediglich, daß über die Anwendung der Vorschrift des § 467 Abs.2 StPO nur noch in einem besonderen Beschluß zu entscheiden ist, der nicht verkündet werden darf, sondern zuzustellen ist. Damit ist aber "das Ärgernis des zweierlei Freispruches", von dem Eb. Schmidt spricht [8], geblieben, nämlich Freispruch wegen erwiesener Unschuld bzw. Fehlens eines begründeten Tatverdachts und Freispruch mangels Beweises, jener Freispruch zweiter Klasse, der den Angeklagten zwar von strafrechtlicher Schuld freispricht, ihm jedoch keinen Anspruch auf Auslagenerstattung gewährt [9]. Nach wie vor ist die Beantwortung der Frage, ob fakultative oder obligatorische Auslagenerstattung gegeben ist, von der Stärke des verbliebenen Tatverdachts abhängig.

Die kostenrechtliche Unterscheidung zwischen Freispruch wegen erwiesener Unschuld und Freispruch mangels Beweises ist aber nicht nur rechtspolitisch verfehlt, sondern es bestehen auch berechtigte Zweifel an der Vereinbarkeit der Regelung der Auslagenerstattung mit Art. 6 Abs. II MRK.

II. Vereinbarkeit der Regelung des § 467 Abs. II StPO mit Art. 6 Abs. II MRK

1. In jüngster Zeit mehren sich die Stimmen, die bezweifeln, ob die Regelung des § 467 Abs.2 StPO wegen seiner Unterscheidung zwischen Freispruch mangels Beweises und Freispruch wegen erwiesener Unschuld und der daran anknüpfenden

---

6) BGBl. I, 1067.

7) Vgl. Dahs, NJW 1965, 86; Tiedemann, GA 1964, 367, Fußn. 124.

8) NJW 1963, 1088.

9) Schmidt-Lechner, NJW 1959, 847, spricht von einer "moralischen Verurteilung".

kostenrechtlichen Folgen mit Art. 6 Abs. II MRK vereinbar ist[10] [11].

2. Art. 6 Abs. II MRK sanktioniert die Vermutung der Unschuld des Angeklagten bis zum Nachweis der Schuld. Nach dieser Bestimmung wird "bis zum Nachweis seiner Schuld vermutet, daß der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist". Dieser bedeutsame Rechtsgrundsatz entspricht der Regelung in Art. 11 Abs. 1 der "Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen", in der es heißt: "Jeder Mensch, der wegen einer strafbaren Handlung beschuldigt wird, ist so lange als unschuldig anzusehen, bis seine Schuld gemäß dem Gesetz nachgewiesen ist". Der Grundsatz der Unschuldsvermutung, der allgemeiner rechtsstaatlicher Überzeugung entspricht, ist weder im Grundgesetz noch in der Strafprozeßordnung ausgesprochen. Lediglich einige Landesverfassungen enthalten eine Normierung dieses Grundsatzes[12]. Er ist mit der in unserem Strafrecht geltenden ungeschriebenen Beweisregel "in dubio pro reo" verwandt[13].

Der Grundsatz der Unschuldsvermutung[14] besagt zweierlei: zunächst darf der Beschuldigte nicht von vornherein als schuldig angesehen werden. Im Strafverfahren ist das Gericht verpflichtet, die Vermutung der Unschuld zugunsten des Angeklagten so lange gelten zu lassen, bis die Schuld eindeutig erwiesen ist. Der Beschuldigte hat nicht seine Unschuld zu beweisen, vielmehr ist es Aufgabe des Gerichts, seine Schuld festzustellen. Der Grundsatz der Unschuldsvermutung bedeutet auch,

---

10) Vgl. Schwenk, NJW 1960, 1933; K. Peters, Strafprozeß, § 80 II 7, S. 617; Tiedemann, GA 1964, S. 376, Fußn. 124.

11) Zur MRK siehe oben § 5.

12) Verfassung von Berlin, Art. 65 Abs. II: "Ein Beschuldigter gilt nicht als schuldig, solange er nicht von einem Gericht verurteilt ist." Verfassung von Bremen, Art. 20 Abs. II: "Jeder gilt als unschuldig, bis er durch rechtskräftiges Urteil eines ordentlichen Gerichts für schuldig befunden ist". Verfassung von Rheinland-Pfalz, Art. 6 Abs. III Satz 2: "Als schuldig gilt nur, wer rechtskräftig für schuldig erklärt ist". Verfassung von Hessen, Art. 20 Abs. II Satz 1: "Jeder gilt als unschuldig, bis er durch rechtskräftiges Urteil eines ordentlichen Gerichts für schuldig befunden ist". Ähnlich die Verfassung des Saarlandes, Art. 14 Abs. II.

13) Vgl. hierzu Eb. Schmidt, Bd. 1, Rdnr. 371 ff. m. z. Hinw.; Kern, § 15 D; Peters, § 37 XI; Stree, S. 11 ff. Zum Unterschied zwischen der Vermutung der Unschuld und dem Grundsatz "in dubio pro reo" vgl. Elibol, S. 78 ff.

14) Vgl. hierzu Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, S. 987; derselbe, KMR, Vorbem. 4b vor § 296; Elibol, S. 35 ff.; Paunovic, S. 110 ff.

daß derjenige, der noch nicht rechtskräftig verurteilt worden ist, nicht wie ein Schuldiger behandelt werden darf. Deshalb dürfen auch bei noch so dringendem Tatverdacht gegen den Beschuldigten keine Maßregeln im Vorgriff auf eine Strafe angewendet werden, die in ihrer Wirkung einer Freiheitsstrafe gleichkommen[15].

Die Unschuldsvermutung schließt aber eine Verdächtigung des Beschuldigten während des Strafverfahrens nicht aus. Das ergibt sich schon daraus, daß der Tatverdacht Grundlage eines jeden Strafverfahrens ist[16]. Die Unschuldsvermutung berührt daher nicht die Zulässigkeit von bestimmten Maßnahmen im Strafverfahren aufgrund eines bestimmten Verdachts[17]. Dies zeigt schon Art. 5 Abs. 1 c MRK, der als Voraussetzung für eine vorläufige Festnahme oder für die Verhängung von Untersuchungshaft das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts nennt. Tatverdacht und Unschuldsvermutung stehen während des Strafverfahrens in Spannung. Diese Spannung löst sich erst mit dem rechtskräftigen Abschluß eines Strafverfahrens. Von diesem Moment an zeitigt die Unschuldsvermutung wieder ihre volle Wirkung. Eines Beweises der Unschuld bedarf es dann nicht mehr. Zwischen der letztlich in der Würde und Freiheitssphäre des Menschen begründeten Unschuldsvermutung und dem tatsächlich erbrachten Schuldnachweis gibt es bei Verfahrensende keine Zwischenstufen, an die besondere Rechtsfolgen insofern geknüpft werden könnten, als Ansprüche des einzelnen gegen den Staat beschnitten werden sollen. Gibt es aber keine rechtlich relevanten Zwischenstufen zwischen schuldig und unschuldig, dann verliert jeder noch verbleibende Tatverdacht seine rechtliche Bedeutung und kann nicht mehr zum Ausgangspunkt der Regelung der Auslagenerstattung gemacht werden[18], denn die Regelung in § 467 Abs. 2 StPO, die nur bei erwiesener Unschuld und nicht begründetem Tatverdacht dem Betroffenen einen Anspruch zubilligt, schränkt den allgemeinen Aufopferungsanspruch ein.

---

15) So BVerfG, NJW 1966, 243.

16) Vgl. Sax, a.a.O., S. 987: "Die Unschuldsvermutung schließt eine Verdächtigung des Beschuldigten nicht mehr aus, sondern setzt sie geradezu voraus, da bei einem völlig Unverdächtigen die "Vermutung seiner Unschuld" eine selbstverständliche und inhaltsleere Aussage wäre. Der Tatverdacht ist der unerläßliche tatsächliche Anknüpfungspunkt jeden Strafverfahrens".

17) So Schorn, Menschenrechtskonvention, Art. 6 Abs. II Anm. 2.

18) Vgl. Fischli, S. 347a; Nißen, S. 56: "Solange man die Fesseln der Beweisregeln trug, hatte es einen guten Sinn zu sagen, daß der Angeschuldigte die Tat getan habe, daß man sie aber nicht nachweisen könne. Sobald man aber auf dem Standpunkt steht, daß die staatlich zur Entscheidung berufenen Organe ohne positiven Schranken ihre Überzeugung von der Schuld zu bilden haben, fällt die Betonung eines trotzdem übrig gebliebenen Verdachts als

Jeder, der einen Anspruch geltend macht, hat die Voraussetzungen dieses Anspruchs zu beweisen. Das gilt auch für die Geltendmachung eines Aufopferungsanspruchs. Da ein Aufopferungsanspruch nur dem Unschuldigen zusteht, hat dieser auch seine Unschuld zu beweisen. Dieser Beweis wird aber schon dadurch geführt, daß der Angeklagte dartut, daß er nicht rechtskräftig verurteilt worden ist, da seine Unschuld nach Art. 6 Abs. 2 MRK vermutet wird, und somit der Anspruchsgegner, also der Staat, die Vermutung widerlegen muß. Dies ist aber nur durch eine rechtskräftige Verurteilung möglich. Wenn § 467 Abs. 2 StPO nur demjenigen einen Auslagenerstattungsanspruch gewährt, dessen Unschuld sich erwiesen hat, so wird damit für einen Aufopferungsanspruch eine Beweislastregelung getroffen, die mit Art. 6 Abs. 2 MRK in Widerspruch steht. Nicht der Angeklagte hat seine Unschuld zu beweisen, sondern der Staat hat den Beweis des Gegenteils zu erbringen. Da durch die in § 467 Abs. 2 StPO erfolgte Beweislastregelung ein an sich bestehender Anspruch eingeschränkt wird, stellt diese Regelung einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 MRK dar [19].

Von einem Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 MRK könnte nur dann nicht gesprochen werden, wenn es sich bei den Ansprüchen nach § 467 Abs. 2 StPO um solche handeln würde, die nur aus Gründen der Billigkeit gewährt werden. In diesem Fall könnte der Gesetzgeber den Anspruch auf die Fälle der erwiesenen Unschuld beschränken, da er dem Betroffenen keinen Anspruch nimmt, sondern mit dieser Regelung erst gewährt und deshalb bezüglich einer derartigen Regelung völlig freie Hand hätte [20].

3. Um die Frage zu beantworten, welche Auswirkungen dieser Verstoß gegen die Menschenrechtskonvention zeitigt, muß zuerst geprüft werden, welchen Rang die Menschenrechtskonvention im deutschen Rechtssystem einnimmt [21].

Ein Teil der Lehre nimmt an, die Menschenrechtskonvention enthalte allgemeines Völkerrecht und deshalb komme ihr gemäß Art. 25 GG Verfassungsrang zu [22]. Zunächst ist hierzu festzustellen, daß die Menschenrechtskonvention keine all-

---

eine unzulässige Subjektivität zu Boden ...".

19) Vgl. Elibol, S. 56.

20) Vgl. BVerfG, NJW 1967, 2151.

21) Vgl. zu diesem Fragenkreis Schorn, Menschenrechtskonvention, S. 36, m. z. Hinw.; Guradze, Festschrift für Nipperdey, Bd. 2, S. 759 ff.

22) So Guradze, Stand der Menschenrechte, S. 174 ff.; derselbe, NJW 1960, 1243, Anm. zum Beschluß des BVerfG vom 14. 1. 1960; Schorn, Menschenrechtskonvention, Präambel, Anm. 22 ff., S. 36 ff.; von Stackelberg, NJW 1960, 1265, Anm. zum Beschluß des OLG Bremen vom 17. 2. 1960; a. A. Echterhölter, JZ 1955, 691, der aber der Menschenrechtskonvention unmit-

gemeinen Regeln des Völkerrechts schaffen kann, da der Kreis der vertragsschließenden Nationen zu klein ist. Die Konvention hat aber auch nicht ausschließlich schon bestehende Regeln des allgemeinen Völkerrechts übernommen, wenn auch nicht übersehen werden darf, daß einzelne Bestimmungen der Menschenrechtskonvention allgemeine Regeln des Völkerrechts zum Inhalt haben, so z.B. Art.4 Abs.1 MRK, der das Verbot der Sklaverei enthält[23]). Insoweit kommt diesen Bestimmungen aber nicht erst durch die Konvention Verfassungsrang zu, sondern diese sind schon über Art.25 GG als allgemeine Grundsätze des Völkerrechts in unseren Rechtsbereich gelangt[24]).

Baumann[25]) begründet den Verfassungsrang der Menschenrechtskonvention damit, daß es sich hier um überpositive und vorstaatliche Rechte handle. Dies mag auf einige Freiheitsrechte zutreffen, aber nicht alle der in der Menschenrechtskonvention geschützten Rechte und Freiheiten besitzen diesen Rechtscharakter. Das zeigt sich schon daran, daß Art.64 Abs.1 Satz 1 MRK den vertragsschließenden Staaten das Recht einräumt, bezüglich einzelner Vorschriften einen Vorbehalt zu treffen. Von diesem Recht hat auch die Bundesrepublik Deutschland Gebrauch gemacht. Dies wäre aber sinnlos, wenn die Menschenrechtskonvention nur überpositive und vorstaatliche Rechte enthalten würde.

Die innerstaatliche Wirkung hat die Menschenrechtskonvention durch das Zustimmungsgesetz erhalten. Dies kann ihr aber als einfaches Bundesgesetz keinen anderen Rang vermitteln als denjenigen, den es selbst besitzt. Die herrschende Meinung nimmt daher mit Recht an, die Menschenrechtskonvention habe nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes[26]) 27]). Somit kann, auch wenn es sich bei der

---

telbar aus Art.1 Abs.2 GG Verfassungsrang herleiten will. Vgl. hierzu die ablehnende Ansicht von Dürig in Maunz-Dürig, Art.1 Abs.2 GG Rdnr.58, und Herzog, DÖV 1959, 45.

23) Vgl. Herzog, DÖV 1959, 44 ff.; Münch, JZ 1961, 154, der davon ausgeht, daß manche Bestimmungen der Menschenrechtskonvention Regeln des allgemeinen Fremdenrechts positivieren und soweit dies der Fall sei, kodifiziertes Völkerrecht vorliege, dessen Rang sich nach Art.25 GG richte.

24) Vgl. Maunz-Dürig, Art.25 GG Rdnr.3 ff.

25) Baumann, Festschrift für Eb.Schmidt, S.529 ff.

26) Vgl. BVerfGE 6, 389 (440); OVG Münster, NJW 1956, 1374; OLG Bremen, NJW 1960, 1265; w.Hinw. auf die Rspr. bei Golsong, AöR, NF 10, S.131 Fußn.41; Herzog, DÖV 1959, 45 ff.; Hodler, NJW 1953, 532; Süsterhenn, DVBl. 1955, 753 ff.; Weber, MDR 1955, 388; Wendt, MDR 1955, 658; Münch, JZ 1961, 154; Woesner, NJW 1961, 1383 ff.; Schumann, S.95; Golsong, S.131; Morvay, ZaoRV 21, 89 ff.

Menschenrechtskonvention um (partikulares) Völkervertragsrecht handelt, die innerstaatliche Geltung der Vorschrift durch ein einfaches Bundesgesetz aufgehoben oder geändert werden[28]). Der Gesetzgeber darf zwar aufgrund des völkerrechtlichen Vertrages die Bestimmungen der Menschenrechtskonvention innerstaatlich nicht ändern, ohne eine Vertragsverletzung zu begehen, er hat aber auf das Abänderungsgesetz nicht "dinglich" in dem Sinn verzichtet, daß er dieses Recht gar nicht mehr ausüben könne, weil er es gar nicht mehr besitze[29]). Das Recht des Gesetzgebers, Rechtsvorschriften aufzuheben oder abzuändern, ergibt sich mit Notwendigkeit aus dem Wesen des Rechts. Dieses beruht auf dem Willen der Gemeinschaft. Deshalb muß der Gemeinschaftswille auch zur Abänderung (Aufhebung) im Stande sein[30]).

Für das Verhältnis der Menschenrechtskonvention zu anderen Bundesgesetzen, die vor bzw. nach ihr erlassen worden sind, gilt der Grundsatz "lex posterior derogat legi priori". Das bedeutet, daß die Menschenrechtskonvention Gesetze, die vor ihr erlassen worden sind und die ihr dem Inhalt nach widersprechen, außer Kraft setzt.

Obgleich die Menschenrechtskonvention zum Teil allgemeine Regelungen enthält, findet dennoch der Grundsatz "lex posterior generalis non derogat legi priori speciali" keine Anwendung. Dies ergibt sich aus der Bedeutung der Konvention, die, wie das Grundgesetz, wesentliche Grundsätze für das Verhältnis Staat - Einzelbürger aufstellt und die, da sie sämtliche Bereiche der staatlichen Ordnung erfassen will, nicht in Spezialbestimmungen gefaßt werden kann. Aber auch wenn man dieser Ansicht nicht folgen will, darf nicht übersehen werden, daß diese Regel nur in dem Sinn richtig ist, daß "nicht ohne weiteres auf die Aufhebung auch der Sondervorschriften geschlossen werden darf"[31]), daß es vielmehr Auslegungsfrage ist, ob die neue allgemein gehaltene Norm nur die früheren allgemeinen Regeln ersetzen oder auch die ihr widersprechenden Sonderbestimmungen aufheben will. Aus der Diskussion um das Zustimmungsgesetz ergibt

---

27) Hieraus ergibt sich auch, daß § 90 BVerfGG nicht auf die Verletzung einer Norm der Menschenrechtskonvention anwendbar ist. Vgl. BVerfG, NJW 1960, 1243; Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 2 GG Rdnr. 59; Schwarz-Kleinknecht, Einl. zur StPO Anm. 12 Ca; a. A. Schorn, Menschenrechtskonvention, S. 48.

28) Nach der strengen monistischen Theorie mit der Lehre vom Primat des Völkerrechts müßte innerstaatlich jedes gegen die Menschenrechtskonvention verstoßende Gesetz (lex posterior) nichtig sein. Diese Thorie findet aber heute kaum noch Anhänger; vgl. Maunz-Dürig, Art. 25 Rdnr. 4 ff.

29) Eingehend zu diesem Problem Herzog, DÖV 1959, 46 ff.

30) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 45 I.

31) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 45 I 3.

sich aber eindeutig, daß nach dem Willen des Gesetzgebers mit dem Zustimmungsgesetz auch die früheren Spezialvorschriften beseitigt werden sollen [32].

Entscheidender Zeitpunkt für die Frage, ob das Gesetz lex posterior oder lex prior ist, ist der der Verkündung des Gesetzes und nicht der seines Inkrafttretens. Mit der Verkündung ist der Gesetzgebungsakt vollendet, und von diesem Moment an muß dem Gesetzgeber die Möglichkeit gegeben werden, dieses Gesetz durch ein neues zu ersetzen. Maßgebend ist also der 7.8.1952, an dem das Gesetz ratifiziert worden ist und nicht das Datum des 3.9.1953, an welchem die Menschenrechtskonvention mit der Hinterlegung der 10. Ratifikationsurkunde in Kraft getreten ist, wenn auch die Konvention erst von diesem Zeitpunkt an Rechtswirkung entfalten konnte.

Die Strafprozeßordnung vom 1.2.1877 [33] ist nach Art.9 des Gesetzes zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12.9.1950 [34] durch die Fassung der Anlage 3 zu diesem Gesetz neu verkündet worden. Deshalb handelt es sich bei der Strafprozeßordnung um ein Gesetz, das vor der Menschenrechtskonvention erlassen worden ist. Entscheidend ist aber nicht der Zeitpunkt des Erlasses des ganzen Gesetzes, sondern es ist darauf abzustellen, wann die zu prüfende Einzelnorm, hier also § 467 Abs.2 StPO, den Inhalt bekommen hat, aufgrund dessen Zweifel an der Vereinbarkeit mit Art.6 Abs.2 Menschenrechtskonvention besteht. Die Unterscheidung zwischen Freispruch wegen erwiesener Unschuld und Freispruch mangels Beweises ist erst durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953 in die Bestimmung des § 467 Abs.2 StPO hereingekommen. Somit ist § 467 Abs.2 StPO erst nach dem Zustimmungsgesetz zur Menschenrechtskonvention erlassen worden und damit lex posterior. Deshalb ist § 467 Abs.2 StPO trotz des Widerspruchs zu Art.6 Abs.2 MRK nicht ungültig, sondern muß vom Gericht bei seiner Entscheidung berücksichtigt werden [35].

Durch § 467 Abs.2 StPO ist aber die Bestimmung des Art.6 Abs.2 MRK nicht allgemein geändert oder gar aufgehoben worden [36]. Deshalb muß sie nach wie vor

---

32) Vgl. BT Drucksache, 1. Wahlperiode (1949), 3338; BT Rechtsausschuß, 1. Wahlperiode, 113. und 146. Sitzung.

33) RGBl. S.253.

34) BGBl. I, 455.

35) Unerheblich ist, ob der Gesetzgeber bei der Änderung des § 467 Abs.2 StPO an die Menschenrechtskonvention gedacht hat, und ob er in Bezug auf die Auslagenerstattung eine Änderung des Art. 6 Abs.2 MRK herbeiführen wollte.

36) Der Gesetzgeber war sich bei der Änderung des § 467 Abs.2 StPO nicht bewußt, hier eine Norm zu schaffen, die der Menschenrechtskonvention widerspricht.

von den Gerichten beachtet werden. Das bedeutet, daß, wie unten noch auszuführen ist, die Ermessensentscheidung nach § 467 Abs. 2 Satz 1 StPO an der Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 MRK ausgerichtet werden muß 37).

37) Siehe unten § 14.

§ 11 ZWINGT DIE KOSTENENTSCHEIDUNG NACH § 467 ABS. 2 StPO ZU EINER VOLLSTÄNDIGEN SACHAUFKLÄRUNG?

Entscheidend für die Erstattung der notwendigen Auslagen ist, ob ein Tatverdacht fortbesteht und wie stark der verbliebene Tatverdacht ist. Damit stellt sich die Frage, ob die Erhebung von Beweisen, die lediglich für die Auslagenerstattung, nicht aber für die Entscheidung über Schuld oder Nichtschuld in Betracht kommen, gestattet ist, oder ob gar das Gericht verpflichtet ist, die Beweise zu erheben, ob also der Angeklagte einen Anspruch darauf hat, daß das Gericht die Hauptverhandlung auch dann zur weiteren Sachaufklärung weiterführen muß, wenn nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung eine Verurteilung nicht in Frage kommt, um statt zu einem Freispruch mangels Beweises zu einem solchen wegen erwiesener Unschuld zu kommen.

Nach Ansicht der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre hat das Gericht trotz der Regelung des § 467 Abs. 2 StPO die Sachaufklärung nicht fortzusetzen[1]. Der Bundesgerichtshof weist darauf hin, daß die Änderung des § 467 Abs. 2 StPO durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz nicht die Abhängigkeit beseitigt habe, in der die Entscheidung über die Erstattung der Auslagen von den Gründen der Freisprechung stehe. Schon vor der Gesetzesänderung hätten die Gründe des freisprechenden Urteils regelmäßig ein erhebliches Gewicht für die Ermessensentscheidung nach § 467 Abs. 2 StPO gehabt. Die neue Vorschrift ändere nichts daran, daß als Grundlage des Anspruchs auf Auslagenerstattung nur die Gründe dienen sollen, die dem Gericht ausreichen, um zu einer Freisprechung zu kommen. Der Bundesgerichtshof vertritt in diesem Urteil auch die Ansicht, daß, hätte der Gesetzgeber der gefestigten Rechtsprechung entgegen treten wollen, er eine solche wichtige und einschneidende Neuerung klar und eindeutig zum Ausdruck gebracht hätte. Ein derartiger Sinn könne aber der Änderung des § 467 StPO nicht entnommen werden, auch enthalte die Begründung des Regierungsentwurfs keine Andeutung[2].

---

1) Vgl. BGHSt 7, 153; 15, 78; 16, 374 (379); Meyer, MDR 1955, 308; Löwe-Rosenberg, § 296 Anm. 2b, § 467 Anm. 11a; KMR, § 244 Anm. 4a, § 245 Anm. 1, § 467 Anm. 4d; Schwarz-Kleinknecht, § 244 Anm. 4C; alle mit weiteren zahlreichen Hinw.; a. A. Schwenk, NJW 1960, 1032 ff.; Henrichs, MDR 1965, 196 ff.; Reinisch, DVBl. 1966, 31.

2) So BGHSt 7, 153 (156 ff.): "Steht also fest, daß die Schuld des Angeklagten sich nicht erweisen läßt, so sind jenes Nebenpunktes wegen" - gemeint ist die Auslagenerstattung - "keine weiteren Beweise zu erheben ...".

Richtig ist, daß schon vor dem 3. Strafrechtsänderungsgesetz die Gründe des freisprechenden Urteils regelmäßig ein erhebliches Gewicht für die Frage der Auslagenerstattung hatten. Auch das Reichsgericht stellte immer stärker auf den Grad des verbliebenen Tatverdachts ab und leitete damit eine Entwicklung ein, die in der Änderung des § 467 Abs.2 StPO ihren Abschluß fand. Damit traten die Befürchtungen ein, die der Abgeordnete Eysoldt vor dem Plenum in der 3. Beratung der Strafprozeßordnung geäußert hatte: "Ich fürchte sehr, daß in der Praxis die Sache ganz anders geführt wird. Die Praxis wird dazu kommen, daß gefragt wird: wie häufig oder wie schwach ist der Be- oder Entschuldigungsbeweis geführt?" [3] Mit der Änderung des § 467 Abs.2 StPO wollte der Gesetzgeber sicherlich nicht der Rechtsprechung entgegen treten, er wollte aber auch nicht die gefestigte Rechtsprechung durch ein Gesetz fixieren, denn dazu bestand kein Anlaß, sondern er wollte, ausgehend von der damaligen Rechtsprechung, die Auslagenerstattung verbessern. Der "wirklich Unschuldige" sollte nicht nur einen Anspruch auf Ermessensentscheidung durch das Gericht haben, vielmehr sollte er einen Anspruch auf Erstattung der notwendigen Auslagen haben. Das kommt auch in der Begründung des Regierungsentwurfes klar zum Ausdruck, wenn es dort heißt, es sei ein Gebot der Gerechtigkeit, die Kann-Vorschrift des § 467 Abs.2 StPO für die Fälle in eine Muß-Vorschrift umzuwandeln, in denen das Verfahren die Unschuld des Angeschuldigten ergeben oder dargetan hat, daß ein begründeter Verdacht nicht mehr besteht. Ist es aber ein Gebot der Gerechtigkeit, wenigstens demjenigen einen Auslagenerstattungsanspruch zu gewähren, dessen Unschuld positiv festgestellt werden kann, dann muß auch jedem Angeklagten die Möglichkeit gegeben werden, seine Unschuld zu beweisen. Es widerspricht rechtsstaatlichen Grundsätzen, dem Angeklagten, dem ein Aufopferungsanspruch zur Seite steht, diesen Anspruch nur unter bestimmten, gesetzlich normierten Voraussetzungen zu gewähren, ihm aber gleichzeitig die Möglichkeit zu nehmen, das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu beweisen [4]. Als Grundlage der Auslagenerstattung nur die Gründe heranzuziehen, die dem Gericht ausreichen, um zu einem Freispruch zu kommen, würde zu einer unnötigen Einschränkung der obligatorischen Auslagenerstattung führen. Damit wäre es v völlig dem Zufall überlassen, ob dem Angeschuldigten ein Erstattungsanspruch zusteht oder nicht. Der Anspruch hinge davon ab, welche Zeugen und Sachverständigen das Gericht geladen hat. Zwar kann auch der Angeklagte Sachverständige und Zeugen laden oder in die Hauptverhandlung stellen, auf die sich gemäß § 245 StPO die Beweisaufnahme auch dann zu erstrecken hat, wenn ein Schuld-

---

3) Siehe Hahn, Bd.3, Teil 2, S.2101.

4) Vgl. Fischli, S.347a.

spruch nicht mehr in Frage kommt, aber eine unmittelbar geladene Person ist nach § 220 Abs.2 StPO nur dann zum Erscheinen vor Gericht verpflichtet, wenn ihr bei der Ladung durch den sie ausführenden Beamten (§ 38 StPO) die Entschädigung für Reise und Zeitversäumnis dargeboten oder deren Hinterlegung bei der Geschäftsstelle nachgewiesen wird. Zudem kann auch der Fall eintreten, daß erst die Hauptverhandlung neue Beweismittel bekanntwerden läßt, die geeignet wären, die Unschuld des Angeklagten zu beweisen.

Für die hier vertretene Auffassung spricht auch die unterschiedliche Formulierung in § 467 Abs.2 Satz 2 und § 406 Abs.1 StPO, weshalb es eines weiteren Hinweises in der Begründung des Regierungsentwurfes zum 3. Strafrechtsänderungsgesetz gar nicht bedurfte. Für den Adhäsionsprozeß bestimmt § 406 Abs.1 StPO expressis verbis, daß, soweit der Antrag auf Entschädigung "nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung begründet ist", das Gericht ihm im Urteil stattgibt. Diese Einschränkung kennt aber die Bestimmung des § 467 Abs.2 Satz 2 StPO nicht. Der Gesetzgeber konnte auch unbedenklich für den Adhäsionsprozeß auf das Ergebnis der Hauptverhandlung abstellen, da gemäß § 406 Abs.2 Satz 2 StPO der Anspruch, soweit er nicht zuerkannt worden ist, anderweitig geltend gemacht werden kann. Diese Möglichkeit besteht beim Auslagenerstattungsanspruch nicht, da neben § 467 Abs.2 keine Aufopferungsansprüche geltend gemacht werden können [5]. Deshalb stellt auch § 467 Abs.2 StPO dem Wortlaut nach allgemein darauf ab, ob das Verfahren die Unschuld ergeben hat.

Nach herrschender Meinung ist Gegenstand des Strafprozesses die rechtliche Geltendmachung des staatlichen Strafanspruchs. Die Aufgabe des Strafprozesses besteht in jedem konkreten Falle darin, zu ermitteln und festzustellen, ob gegen den Angeklagten der Beweis der strafrechtlichen Schuld geführt werden kann [6]. Ist der Schuldbeweis durch das Urteil als nicht erbracht erklärt und deshalb der Angeklagte freigesprochen worden, so ist damit ausgesprochen, daß der Angeklagte nicht bestraft werden kann. Damit ist die Hauptaufgabe des Strafprozesses erfüllt. Daneben hat aber das Gericht noch die Entscheidung über die Auslagenerstattung zu treffen, eine Entscheidung, der keineswegs nur untergeordnete Bedeutung zukommt [7]. Insoweit liegt eine Erweiterung der Aufgaben des Strafgerichts

---

5) Siehe oben § 9 I.

6) Vgl. RGSt 4, 355 (357); Schwarz-Kleinknecht, Einleitung 1 Ba; kritisch hierzu Sax in KMR Vorbem. 4b vor § 296. Weitergehend auch Peters, Strafprozeß, § 37 Abs.II, S.246.

7) Das zeigt sich schon darin, daß die Kostenentscheidung eine selbständige (Rechtsmittel-) Beschwer enthält und selbständig mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden kann.

vor. Hat aber kraft Gesetzes das Strafgericht neben seiner Hauptaufgabe, über die Bestrafung zu entscheiden, noch die Aufgabe, über einen Anspruch zu erkennen, der seinem Wesen nach ein Aufopferungsanspruch ist und somit eine Aufgabe wahrzunehmen, die sonst gemäß § 40 Abs. 2 VwGO in den Bereich der Zivilgerichte fällt, so muß nach § 244 Abs. 2 StPO die Beweisaufnahme auch auf die Tatsachen und Beweismittel erstreckt werden, die für die Entscheidung über den Erstattungsanspruch von Bedeutung sind [8].

In diesem Zusammenhang darf auch nicht unbeachtet bleiben, daß auch diejenigen, welche die Ansicht vertreten, durch die Regelung des Absatz 2 werde das allgemeine Gebot nicht berührt, daß eine Prozeß- oder Sachentscheidung zu treffen ist, sobald die Voraussetzungen dafür vorliegen, dieses Argument dann nicht mehr gelten lassen, wenn es darum geht, dem Unschuldigen einen Anspruch auf Auslagenerstattung zu versagen. So hat nach deren Ansicht der Tatrichter zur Frage, ob die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 UHaftEntschG vorliegen, Beweis zu erheben [9]. Damit stehen doch auch die Vertreter dieser Ansicht auf dem Standpunkt, daß das Ziel des Strafprozesses nicht allein die Klärung der Verdachts- und Schuldfrage ist.

Dieses Ergebnis erscheint auf den ersten Blick wenig praktikabel. Es darf aber nicht übersehen werden, daß gemäß § 467 Abs. 2 Satz 2 StPO der § 2 UHaftEntschG entsprechend anzuwenden ist. Liegen aber dessen Voraussetzungen vor, so wandelt sich der obligatorische Auslagenerstattungsanspruch in einen fakultativen. Kommt aber - unabhängig davon, ob sich die Unschuld ergeben hat oder nicht - nur noch ein fakultativer Auslagenerstattungsanspruch in Frage, dann kann das Verfahren nicht mehr mit dem Ziel fortgesetzt werden, statt zu einem Freispruch mangels Beweises zu einem solchen wegen erwiesener Unschuld zu kommen, da die zu beweisenden Tatsachen für die Entscheidung über die Auslagenerstattung nicht mehr von Bedeutung sind. Da § 2 UHaftEntschG sehr weit gefaßt ist, wird es sich somit in der Mehrzahl der Fälle erübrigen, das Verfahren fortsetzen zu müssen.

---

8) Der Hinweis des BGHSt 7, 153 ff., der Unterschied zwischen den Arten der Freisprechung würde vertieft, die Freisprechung wegen nicht erwiesener Schuld entwertet werden, geht fehl. Der Unterschied wird nicht durch weitere Sachaufklärung vertieft, sondern ist durch die Regelung der Auslagenerstattung in § 467 Abs. 2 vertieft worden.

9) Vgl. BGHSt 11, 383 (387); BGH, NJW 1961, 79; KMR, § 467 Anm. 4e; Löwe-Rosenberg, § 467 Anm. 11b; Schwarz-Kleinknecht, § 467 Anm. 10.

Man kann schließlich noch einwenden, es erscheine wenig sinnvoll, daß, wenn die Hauptverhandlung bereits nach 1/2 Stunde ergeben hat, daß der Schuldbeweis nicht zu erbringen ist, dann eventuell noch eine Woche weiter verhandelt werden muß, um die Unschuld festzustellen. Dies ist sicherlich richtig. Aber abgesehen davon, daß dies ein extrem gelagerter Fall ist, kann das Gericht einer Fortsetzung des Verfahrens dadurch begegnen, daß es gemäß § 467 Abs. 2 Satz 1 StPO die Auslagen des Angeklagten der Staatskasse aufbürdet und so seine Pflicht beseitigt, den Beweisanträgen des Angeklagten stattgeben zu müssen, denn auch in diesem Fall sind die zu beweisenden Tatsachen ohne Bedeutung für die Entscheidung über die Auslagenerstattung[10].

Das Recht des Angeklagten, die Fortsetzung des Verfahrens zu verlangen, mag zwar, worauf der Bundesgerichtshof hinweist, zu einer weiteren Überlastung der Gerichte führen, aber hier kann nur der Gesetzgeber dadurch Abhilfe schaffen, daß die kostenrechtlichen Unterscheidungen in § 467 Abs. 2 StPO beseitigt werden und zwar dadurch, daß bei der Kostenentscheidung statt auf Unschuld und Tatverdacht abzustellen, nur noch der vom Beschuldigten gegebene Anlaß zur Klageerhebung maßgebend sein soll. Damit würde dem freigesprochenen Angeklagten das zugesprochen werden, was ihm bereits aufgrund des allgemeinen Aufopferungsanspruchs zustehen würde, hätte dieser Anspruch nicht in den § 467 Abs. 2, 467a StPO eine Sonderregelung erfahren[11].

---

10) Vgl. Reinisch, DVBl. 1966, 31.

11) Zur Einschränkung des Anspruchs siehe unten § 13.

§ 12 OBLIGATORISCHE AUSLAGENERSTATTUNG GEMÄSS § 467 ABS. 2 SATZ 2 StPO

I. Allgemeines

§ 467 nennt in seinem Abs. 1, der auch den Personenkreis für die Auslagenerstattung nach Abs. 2 festlegt, als Voraussetzung für eine Überbürdung der dem Angeschuldigten entstandenen Auslagen auf die Staatskasse, daß der Angeschuldigte freigesprochen, oder außer Verfolgung gesetzt oder daß das Verfahren gegen ihn eingestellt worden ist.

Freigesprochen ist nur der Angeklagte, dessen Urteil tatsächlich auf Freispruch lautet. Es genügt nicht, wenn das Gericht von Strafe absieht (§ 465 Abs. 1 Satz 2 StPO), oder den Angeklagten für straffrei erklärt (§ 468 StPO), denn in diesen Fällen hat der Angeklagte gemäß § 465 StPO die Gerichtskosten selbst zu tragen. Eine Auslagenerstattung kann nur in den Fällen in Betracht kommen, in denen der Angeklagte nicht schon die Kosten des Verfahrens selbst zu tragen hat.

II. Unschuld bei Freispruch

Der Angeklagte hat gemäß § 467 Abs. 1 Satz 2 StPO nur dann einen Anspruch auf Erstattung seiner notwendigen Auslagen, wenn das Verfahren entweder die Unschuld ergeben oder das Fehlen eines begründeten Verdachts dargetan hat. § 467 Abs. 2 StPO erläutert aber nicht, was unter "Unschuld" im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen ist. Auch das Gesetz, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, wie das Gesetz, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, haben es unterlassen, den Begriff der Unschuld näher zu bestimmen.

1. Außer Zweifel steht zunächst, daß Unschuld im Sinne des § 467 Abs. 2 Satz 2 StPO dann vorliegt, wenn positiv festgestellt ist, daß die Tat überhaupt nicht oder nicht vom Angeschuldigten, sondern von einem Dritten begangen worden ist.

2. Desgleichen hat unzweifelhaft das Verfahren die Unschuld erbracht, wenn festgestellt wird, daß die Tat des Angeklagten nicht den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt, sei es, daß der objektive oder subjektive Tatbestand der betreffenden Strafrechtsnorm nicht erfüllt ist. In diesen Fällen wird indessen nicht selten die Voraussetzung für die Anwendung des § 2 Abs. 2 Satz 2 UHaftEntschG gegeben sein, der gemäß § 467 Abs. 2 Satz 2 StPO entsprechend anzuwenden ist.

Die Unschuld hat sich aber auch dann ergeben, wenn aus Rechtsgründen der Angeklagte freigesprochen wird [1], sei es, daß festgestellt wird, dem Angeklagten steht ein Rechtfertigungsgrund oder ein Schuldausschließungsgrund [2] zur Seite. Fraglich ist aber schon, ob Unschuld auch dann vorliegt, wenn der Angeklagte aufgrund eines Strafausschließungsgrundes [3] oder eines Strafaufhebungsgrundes [4] freigesprochen worden ist.

Gegenstand des Strafverfahrens ist in erster Linie die Frage, ob der Angeklagte mit strafrechtlicher Schuld belastet ist und deswegen zur Rechenschaft gezogen werden kann, ob also der in der Klageerhebung behauptete staatliche Strafanspruch besteht [5]. Kann der Angeklagte nicht bestraft werden, dann ist er unschuldig im Sinne des § 467 Abs. 2 Satz 2 StPO. Die Unschuld hat sich immer dann ergeben, wenn positiv feststeht, daß gegen den Angeklagten ein verfolgbarer staatlicher Strafanspruch zur Zeit der Entscheidung nicht oder nicht mehr besteht [6], gleichgültig aus welchem Grunde [7]. Deshalb hat das Verfahren die Unschuld des

---

1) Vgl. BGH, NJW 1962, 312; BayObLG, NJW 1961, 2268: "Die Unschuld hat sich vielmehr auch dann ergeben, wenn der Täter zwar die ihm zur Last gelegte Tat begangen hat, wenn diese Tat aber unter kein Straf- oder Bußgesetz fällt, wenn also der Angeschuldigte aus Rechtsgründen freigesprochen werden muß".

2) Vgl. OLG Bremen, NJW 1959, 2226, für den Fall des entschuldbaren Verbotsirrtums; BayObLG, NJW 1960, 1827, Notwehrüberschreitung unter der Voraussetzung des § 53 Abs. 3 StGB. Ob § 53 Abs. III StGB einen Schuldausschließungsgrund oder einen persönlichen Strafausschließungsgrund darstellt, kann hier unentschieden bleiben, da das Ergebnis bezügl. der Auslagenerstattung das gleiche ist.

3) Bejahend Löwe-Rosenberg, § 467 Anm. 10 a im Gegensatz zur vorhergehenden 20. Auflage. Das BayObLG läßt diese Frage offen und bemerkt nur, daß der Frage, ob § 467 Abs. 2 Satz 2 StPO auch auf die Strafausschließungsgründe wie z.B. § 247 Abs. 2 StPO anzuwenden sei, im Hinblick auf die Möglichkeit des nach dem § 467 Abs. 2 Satz 2 StPO sinngemäß anzuwendenden § 2 UHaftEntschG, eine geringe Bedeutung zukomme.

4) Bejahend OLG Frankfurt, NJW 1962, 974, weil die Strafaufhebungsgründe die Tatbestandsverwirklichung auslöschen, also in ihrer Wirkung der Unschuld entsprechen. Weitere Hinw. bei Löwe-Rosenberg, § 467 Anm. 10 a.

5) Siehe oben § 11 Fußn. 7.

6) So Löwe-Rosenberg, § 467 Anm. 10 a; KMR, § 467 Anm. 4c1.

7) So BayObLG, NJW 1961, 2268; Schwarz-Kleinknecht, § 467 Anm. 9 A; Reinisch, MDR 1966, 380. Darauf hat schon Nissen, S. 56, hingewiesen. Vgl.

Angeklagten auch dann ergeben, wenn das Gericht das Vorliegen eines Strafausschließungsgrundes für erwiesen erachtet.

3. Die Unschuld ist auch dann festgestellt, wenn die Handlung zwar zur Zeit der Tat strafbar gewesen ist, aber aufgrund einer nachträglichen Gesetzesänderung die Tat gemäß § 2 Abs.2 Satz 2 StGB nicht mehr bestraft werden kann und deshalb Freispruch erfolgen muß[8]. Dabei darf nicht unterschieden werden, ob zur Zeit des Erlasses des Eröffnungsbeschlusses das Gesetz geändert worden ist und die Tat schon zu diesem Zeitpunkt nicht mehr strafbar ist, oder ob die Änderung des Gesetzes erst nach dem Eröffnungsbeschluß eintritt, um dann im ersten Fall dem Angeklagten die Erstattung der nach diesem Zeitpunkt entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten, da er zu Unrecht in das Verfahren gezogen worden ist, während im zweiten Fall dem Angeklagten die Auslagenerstattung zu versagen ist[9]. Die Frage, ob ein verfolgbarer staatlicher Strafanspruch bestanden hat, kann immer nur vom Endergebnis der gerichtlichen Entscheidung her beurteilt werden und zwar einheitlich bezüglich des ganzen Verfahrens. Es geht nicht an, das Verfahren in einzelne Abschnitte aufzuteilen und die einzelnen Abschnitte getrennt nach Schuld oder Unschuld zu beurteilen. Das verbietet schon der Grundsatz der Unschuldsvermutung. Sinn der Klageerhebung ist es, den Angeklagten der "gerechten Strafe" zuzuführen. Das Gericht hat nur zu prüfen, ob der Angeklagte schuldig ist und der von der Strafverfolgungsbehörde behauptete staatliche Strafanspruch zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung besteht. Verneint das Gericht, gleichgültig aus welchen Gründen auch immer, einen derartigen staatlichen Strafanspruch, so hat diese Verneinung Bedeutung für das ganze Verfahren. Die einzelnen Verfahrensabschnitte dienen nur der Vorbereitung dieser gerichtlichen Entscheidung. Die Frage, ob der Betroffene zu Unrecht in das Verfahren gezogen worden ist, oder ob ein staatlicher Strafanspruch besteht, kann daher nur vom Ergebnis des Verfahrens her beurteilt werden und ist auch nur im Hinblick auf dieses Ergebnis von Bedeutung, und allein von diesem Ergebnis her ist die Frage der Unschuld zu prüfen. Das Verfahren hat deshalb auch dann die Unschuld im Sinne des § 467 Abs.2 Satz 2 StPO ergeben, wenn die Änderung des Gesetzes nach dem Eröffnungsbeschluß eingetreten ist. Daher ist § 467 Abs.2 Satz 2 StPO bezüglich aller durch das Verfahren erwachsenen Auslagen, die ausscheidbar erst durch die Weiterführung des Verfahrens entstanden

---

auch Burlage, S.20 ff., 24; Engell, S.53 f.

8) Vgl. BayObLG, a.a.O.; KMR, § 467 Anm.4c1a.

9) So aber Merkert, NJW 1962, 357; H.W.Schmidt, SchlHA 1963, 3.

sind, nachdem die Gesetzesänderung eingetreten ist[10].

Dieses Ergebnis mag zwar ungerecht erscheinen, weil die nachträgliche Gesetzesänderung und damit die nachträgliche Straflosigkeit der Tat nicht den Makel einer unrechten Verhaltensweise nimmt[11]. Aber § 467 Abs.2 Satz 2 StPO in Verbindung mit § 2 Abs.II UHaftEntschG gibt die Möglichkeit, die Auslagenüberbürdung wegen grober Unredlichkeit oder Unsittlichkeit zu versagen und damit dieses Ergebnis zu korrigieren[12]. Dadurch wird verhindert, daß der Angeklagte, dessen Tat zwar grob unredlich ist, aber nicht einmal zur Tatzeit strafbar gewesen ist, schlechter gestellt wird als ein Angeklagter, der sich zunächst strafbar gemacht hat, der jedoch wegen nachträglicher Gesetzesänderung freigesprochen worden ist. Eine nachträgliche Gesetzesänderung kann zwar die Bestrafung des Täters verhindern, kann aber der Tat nicht den Makel der Unredlichkeit oder Unsittlichkeit nehmen. Es ist daher, um zu einem billigen Ergebnis zu kommen, gar nicht erforderlich, darauf abzustellen, ob die Gesetzesänderung vor oder nach Erlaß des Eröffnungsbeschlusses eingetreten ist. Gerade wegen der starken Einschränkung der obligatorischen Auslagenerstattung durch die entsprechende Anwendung des § 2 UHaftEntschG ist es verfehlt, die obligatorische Auslagenerstattung nach § 467 Abs.2 Satz 2 StPO schon von vornherein auf diejenigen notwendigen Auslagen zu beschränken, die ausscheidbar erst durch die Weiterführung des Verfahrens nach Änderung des Gesetzes entstanden sind.

Da die obligatorische Auslagenerstattung nur dann gegeben ist, wenn das Verfahren die Unschuld des Angeklagten ergeben hat, so zwingt der Freispruch wegen Veränderung der Rechtslage nur dann zu einer Auslagenerstattung, wenn die alte Rechtsnorm weggefallen ist, ohne durch eine neue ersetzt worden zu sein, oder wenn zweifelsfrei feststeht, daß die Voraussetzungen bezüglich des milderen Gesetzes nicht gegeben sind bzw. deren Vorhandensein so unwahrscheinlich ist, daß es der Feststellung des Fehlens nahekommt. Wird das Gesetz geändert und erfolgt bezüglich des mildesten Gesetzes Freispruch "mangels Beweises", dann kommt nur eine Ermessensentscheidung nach § 467 Abs.2 Satz 1 StPO in Betracht.

---

10) A.A. Schäfer, in Löwe-Rosenberg, § 467 Anm.10, der im Gegensatz zum BayObLG, NJW 1961, 2268, die Grundsätze, die die Rspr. im Rahmen des § 467 Abs.2 StPO zu den nachträglich eintretenden Verfahrenshindernissen herausgearbeitet hat, entsprechend anwenden will. Schwarz-Kleinknecht, § 467 Anm.9B; KMR, § 467 Anm.4c1b.

11) Vgl. Merkert, NJW 1962, 357; H.W.Schmidt, SchlHA 1963, 3.

12) Näheres siehe unten § 13 III.

III. Unschuld bei Einstellung des Verfahrens durch das Gericht

Die Unschuld des Beschuldigten hat sich aber nicht nur dann ergeben, wenn er freigesprochen worden ist, sondern auch dann, wenn wegen eines schon zu Beginn des Strafverfahrens bestehenden oder erst während des Strafverfahrens eingetretenen Verfahrenshindernisses eine Strafverfolgung nicht mehr zulässig ist, und das Verfahren durch das Gericht eingestellt werden muß[13]), denn auch in diesem Fall besteht kein verfolgbarer staatlicher Strafanspruch mehr[14]) [15]).

Bereits das Reichsgericht hat in einem Urteil aus dem Jahre 1889[16]) festgestellt, daß hinsichtlich der Kosten des Verfahrens derjenige, der gar nicht hätte verfolgt werden dürfen, nicht schlechter gestellt werden könne als der Freigesprochene, und deshalb sei es zulässig, die dem Angeschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen gemäß § 499 Abs.2 StPO in der Fassung von 1877 = § 467 Abs.2 StPO in der Fassung bis 1953 der Staatskasse aufzuerlegen. Mit der Neufassung und Ergänzung des § 467 Abs.2 StPO durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz ist die Frage aufgetaucht, ob im Falle der Einstellung des Verfahrens durch das Gericht es allgemein bei der bisherigen Ermessensentscheidung nach § 467 Abs.2 Satz 1 StPO[17]) verbleiben oder auch § 467 Abs.2 Satz 2 StPO Anwendung finden soll und wenn ja, ob § 467 Abs.2 Satz 2 StPO direkt oder nur entsprechend anzuwenden ist. Dieses Problem hat die Neuregelung des § 467 StPO durch das Gesetz

---

13) Wird das Verfahren außerhalb der Hauptverhandlung eingestellt, geschieht dies durch Beschluß (§ 206a StPO). In der Hauptverhandlung kann das Verfahren nur durch Urteil eingestellt werden (§ 260 Abs.III StPO).

14) Vgl. BGHSt 13, 75; BayObLG, NJW 1959, 735; 1961, 2268; OLG Hamm, MDR 1957, 697; DAR 1962, 211; IMBlNRW 1962, 166; NJW 1964, 1733; OLG Saarbrücken, NJW 1962, 2316; OLG Oldenburg, NdsRpfl. 1963, 89; OLG Celle, NJW 1963, 2285; Schreiber, NJW 1962, 1383; Löwe-Rosenberg, § 467 Anm.10a; Schwarz-Kleinknecht, § 467 Anm.4 A; a.A. Theuerkauf, NJW 1964, 1013, mit besonderer Polemik gegen die Entscheidung des OLG Celle, NJW 1963, 2285, die eine Gleichsetzung ablehnt. Burlage, S.28.

15) Zur Einstellung nach § 153 Abs.3 StPO vgl. BayObLG, AnwBl 1965, 381; OLG Hamm, NJW 1965,1820; OLG Celle, NJW 1966,792; OLG Stuttgart, NJW 1966, 66; OLG Hamm, NJW 1966, 2326; LG Saarbrücken, MDR 1965, 153; LG Hamburg, MDR 1966, 350; AG Offenbach, NJW 1966, 792, m.Anm. von Henrichs in NJW 1966, 1980.

16) RGSt 20, 118.

17) § 467 Abs.II Satz 1 StPO = § 467 Abs.II i.d.F. bis 1953.

vom 19.12.1964 unberührt gelassen, wenngleich in § 467 Abs.1 StPO der Zusatz "oder wird das Verfahren gegen ihn eingestellt" eingefügt worden ist. Der Ferienstrafsenat des Bundesgerichtshofs hat in seinem Urteil vom 26.7.1957[18] entschieden, daß es bei der Einstellung des Verfahrens durch das Gericht nicht allgemein bei der bisherigen Ermessensentscheidung nach § 467 Abs.2 Satz 1 StPO verbleiben soll, sondern eine entsprechende Anwendung des § 467 Abs.2 Satz 2 StPO in Betracht komme. Dieser Ansicht hat sich der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs angeschlossen[19]. Insoweit § 467 Abs.2 Satz 2 StPO nur entsprechende und nicht direkte Anwendung finden soll, kann der Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht zugestimmt werden[20].

Für die kostenrechtliche Beurteilung des einzelnen Falles kann es keinen Unterschied machen, ob der Staat den Angeschuldigten nur deshalb nicht bestrafen kann, weil der Handlung des Angeschuldigten ein Tatbestandsmerkmal fehlt, oder weil er das Verfahren wegen eines Verfahrenshindernisses nicht mehr fortsetzen kann. Es wäre falsch, die Gründe, welche die Strafe ausschließen, klassifizieren zu wollen[21]. Gibt der § 467 Abs.2 Satz 2 StPO nur demjenigen Angeschuldigten, dessen Unschuld sich ergeben hat oder gegen den ein begründeter Verdacht nicht (mehr) vorliegt, einen Anspruch auf Auslagenerstattung, so soll durch diese Formulierung sichergestellt werden, daß nur die Personen des in § 467 Abs Abs.1 StPO aufgeführten Personenkreises einen Anspruch auf Auslagenerstattung haben sollen, bei denen zweifelsfrei feststeht, daß ein Strafanspruch des Staates nicht oder nicht mehr besteht. Die Unschuld hat sich immer dann ergeben, wenn positiv feststeht, daß eine Verurteilung nicht in Frage kommt. Der Begriff der Unschuld im Sinne des § 467 Abs.2 StPO ist, da die Kostenentscheidung vom Ausgang des Strafverfahrens abhängig ist und nicht allein davon, ob der Betreffende die ihm zur Last gelegte Tat begangen hat oder nicht, nicht mit dem materiell rechtlichen Schuldbegriff identisch ist[22]. Deshalb ist entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofs[23] bei der Einstellung des Verfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses, z.B. wegen Verjährung, § 467 Abs.2 Satz 2 StPO direkt und nicht

---

18) BGH, MDR 1957, 654, Rechtsprechungsbericht v. Dallinger.

19) BGHSt 13, 75.

20) Für direkte Anwendung sind auch Löwe-Rosenberg, § 467 Anm.10 a; so anscheinend auch KMR, § 467 Anm.4c1.

21) So schon der Abgeordnete Eysoldt bei der 3. Beratung der Strafprozeßordnung, Hahn, Bd.III, Teil 2 S.2102.

22) So auch Reinisch, MDR 1966, 580; a.A. Burlage, S.23, m.w.Hinw.; vgl. auch Engell, S.53; Köhler, S.26, sieht in dem Ausdruck "Unschuld" keinen juristischen, sondern einen sittlichen Begriff.

23) Siehe Fußn. 19, 20.

nur analog anzuwenden.

Die herrschende Meinung beschränkt die obligatorische Auslagenerstattung, wenn das Verfahrenshindernis erst während des Verfahrens eingetreten ist, auf diejenigen notwendigen Auslagen, die ausscheidbar erst durch die Weiterführung des Verfahrens entstanden sind, wobei ungeklärt ist, ob auf den Eingriff der Verjährung oder auf den Zeitpunkt abzustellen ist, zu dem das Gericht bei sachgemäßem Vorgehen den Angeklagten hätte frühestens außer Verfolgung setzen können[24]. Stellt man auf den Zeitpunkt ab, an dem die Einstellung hätte erfolgen können oder müssen, so wird, worauf Theuerkauf[25] mit Recht hinweist, ein Element des Verschuldens zum Kriterium der Auslagenerstattung gemacht, das dort nichts zu suchen hat. Bei der Auslagenerstattung gemäß § 467 Abs. 2 StPO geht es nicht darum, daß der Staat für ein Fehlverhalten seiner Beamten einstehen will. Ist aber einem freigesprochenen Angeklagten derjenige Angeklagte kostenrechtlich gleichzustellen, dessen Verfahren wegen Verjährung eingestellt worden ist, dann muß es folgerichtig auch für diesen Fall bedeutungslos sein, ob die Einleitung und Durchführung des Strafverfahrens gerechtfertigt war oder nicht, denn unbestritten hat der wegen erwiesener Unschuld freigesprochene Angeklagte auch dann einen Anspruch auf Auslagenerstattung, wenn gegen ihn ein hinreichender Tatverdacht vorgelegen hat, und deshalb gemäß § 170 StPO ein Strafverfahren durchgeführt werden mußte. Allein das Endergebnis entscheidet darüber, ob der vom Staat behauptete Strafanspruch besteht und ob der Betroffene schuldig oder unschuldig ist. Eine Aufteilung des Strafverfahrens in einzelne Abschnitte ist dem § 467 Abs. 2 Satz 2 StPO fremd. Die Unschuld bzw. Schuld kann nur einheitlich für das ganze Strafverfahren festgestellt werden und zwar deshalb, weil man sich erst dann auf ein strafbares Verhalten des Betroffenen berufen kann, wenn die Schuld durch Urteilsspruch festgestellt worden ist[26]. Deshalb ist auch der Vorschlag von H. W. Schmidt abzulehnen, bei Auslagen, die vor dem Eintritt der Verjährung entstanden sind, "darauf abzustellen, inwieweit der Angeklagte, abgesehen von der Verjährung der ihm zur Last gelegten Tat, schuldig bzw. wie weit sie ihm vorwerfbar ist", mit dem Ergebnis, daß für die Auslagen, die vor Eintritt der Verjährung

---

24) Vgl. BayObLG, NJW 1961, 2268; OLG Hamm, DAR 1962, 211; JMBlNRW 1962, 166; NJW 1964, 1733; OLG Celle, NJW 1963, 2285; OLG Saarbrücken, NJW 1962, 2316; OLG Oldenburg, NdsRpfl. 1963, 89; Löwe-Rosenberg, § 467 Anm. 10a; Schreiber, NJW 1962, 1383; H. W. Schmidt, SchlHA 1963, 3.

25) NJW 1964, 1013 ff.

26) Siehe oben § 10 II.

entstanden sind, eine Auslagenüberbürdung auf die Staatskasse nur in Betracht kommt, wenn entweder die Voraussetzungen der obligatorischen Auslagenerstattung gegeben sind, oder wenn das Gericht eine Auslagenüberbürdung nach pflichtgemäßem Ermessen (fakultative Auslagenerstattung) für angemessen hält[27].

Bei der Einstellung des Verfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses ist § 2 Abs.2 UHaftEntschG für die Auslagenerstattung von großer Bedeutung, da bei diesen Fällen oft eine grobe Unredlichkeit oder Unsittlichkeit vorliegen wird, und damit dem Gericht die Möglichkeit gegeben ist, die Erstattung der Auslagen zu versagen. Bei dieser Ermessensentscheidung kann das Gericht die Übernahme der notwendigen Auslagen für das gesamte Strafverfahren ablehnen, es kann aber auch die Auslagenerstattung auf bestimmte Verfahrensabschnitte beschränken und dabei die Tatsache berücksichtigen, wann das Verahrenshindernis eingetreten ist und von welchem Zeitpunkt an frühestens das Verfahren hätte eingestellt werden können[28].

Eine Auslagenerstattung nach § 467 Abs.2 Satz 2 StPO wegen Verjährung der Straftat z.B. kommt aber nur dann in Betracht, wenn die dem Angeschuldigten zur Last gelegte Tat nach jedem rechtlichen Gesichtspunkt verjährt ist. Nur dann hat das Verfahren die Unschuld des Angeklagten ergeben. Die Einstellung wegen Verjährung hat jedoch dann keinen Einfluß auf die Auslagenerstattung, wenn die Tat unter dem im Eröffnungsbeschluß zugrunde gelegten rechtlichen Gesichtspunkt mangels Beweises nicht verfolgt werden kann, und der Verurteilung wegen der verbleibenden minder schweren Straftat das Verfahrenshindernis der Verjährung entgegen steht. Hier entscheidet allein das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts

---

27) SchlHA 1963, 3.

28) Unklar ist, welchen Weg Schäfer, in Löwe-Rosenberg, § 467 Anm.10a, einschlagen will. Er geht davon aus, daß es für die Anwendbarkeit des § 467 Abs.2 Satz 2 StPO keinen Unterschied mache, ob das Verfahrenshindernis von vornherein klar zutage liegt, oder erst eine Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung das zweifelsfreie Vorliegen des Hindernisses ergibt. Es sei bedeutungslos, ob das Verfahrenshindernis schon bei der Eröffnung des Hauptverfahrens bestanden hat oder erst nach diesem Zeitpunkt eintritt. Schäfer fährt dann aber fort: "Nur beschränkt sich, wenn etwa Verjährung erst im Laufe des Verfahrens eintritt, die obligatorische Auslagenüberbürdung auf diejenigen Auslagen, die ausscheidbar erst durch Weiterführung des Verfahrens erwachsen sind, nachdem das Hindernis eingetreten war und die Einstellung gegebenenfalls nach § 206a StPO hätte erfolgen können und müssen".

über die Auslagenerstattung gemäß § 467 Abs.2 Satz 1 StPO [29].

IV. Nicht begründeter Verdacht

Obligatorisch ist die Anordnung der Auslagenerstattung auch dann, "wenn das Verfahren dargetan hat, daß ein begründeter Verdacht nicht vorliegt". Was mit dem Begriff "nicht begründeter Verdacht" gemeint ist, ist aber nur schwer zu verstehen, denn ein Verdacht, der nicht begründet ist, ist kein Verdacht, zumindest keiner, der rechtliche Beachtung findet [30].

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt ein begründeter Verdacht nicht vor, wenn die Verdachtsgründe soweit beseitigt sind, daß der Freispruch einem solchen wegen erwiesener Unschuld nahekommt [31]. Dies ergebe sich daraus, daß § 467 Abs.2 Satz 2 StPO den Angeklagten, bei dem das Verfahren keinen begründeten Verdacht dargetan hat, dem wegen erwiesener Unschuld Freigesprochenen gleichstelle. Deshalb dürften die im Zeitpunkt der Entscheidung noch bestehenden, belastenden Umstände nur so gering sein, daß sie eine solche Gleichstellung rechtfertigen. Die Vergünstigung des § 467 Abs.2 Satz 2 StPO solle im Grundsatz nur dem Unschuldigen gewährt werden und den ausschließen, dessen Schuldlosigkeit zweifelhaft bleibe. Dieser Auffassung liege nach der Begründung und nach den Beratungen auch der entsprechenden Bestimmung des § 1 Abs.I UHaftEntschG zugrunde. Der Bundesgerichtshof wendet sich dagegen, die Entscheidung darüber, ob ein begründeter Verdacht vorliegt, davon abhängig zu machen, welche Entschließung die Anklagebehörde bei Kenntnis der nun vorliegenden Ergebnisse möglicherweise getroffen hätte, da eine solche Abhängigkeit den Anwendungsbereich des § 467 Abs.2 Satz 2 StPO über seinen Zweck hinaus erweitere [32].

Die Entscheidung der Frage, was unter dem Begriff "nicht begründeter Verdacht zu verstehen ist, kann nicht unmittelbar dem Gesetzeswortlaut entnommen werden, da dieser Begriff mißverständlich ist. Die Lösung muß deshalb auf andere Weise gesucht werden. Hierzu bietet sich neben der historischen Methode in erster

---

29) Vgl. BGH, NJW 1965, 1818; OLG Köln, NJW 1962, 505; Löwe-Rosenberg, 467 Anm.10a.

30) So Gossrau, JZ 1959, 288; vgl. auch Burlage, S.35.

31) BGHSt 11, 383 mit zustimmenden Anm. von Gossrau, a.a.O.; BGHSt 20, 208; so schon OLG Stuttgart, NJW 1954, 474; KMR, § 467 Anm.4c2; Löwe-Rosenberg, § 467 Anm.10b; Schwarz-Kleinknecht, § 467 Anm.9C.

32) Vgl. BGHSt 11, 383 ff.

Linie die Berücksichtigung der Rechtsnatur des Auslagenerstattungsanspruches und des Grundsatzes der Unschuldsvermutung an.

Die Begriffe "nicht begründeter Verdacht" und "Unschuld" sind den Gesetzen, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen und betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft aus den Jahren 1898 und 1094 entnommen worden.

Der Entwurf des Gesetzes von 1898 enthielt noch keine Bestimmung darüber, ob auch bei nicht begründetem Verdacht eine Entschädigung zu zahlen ist. In der 2. Lesung der Kommissionsberatung wurde der Antrag gestellt, der Bestimmung des § 1: "das Wiederaufnahmeverfahren muß die Unschuld des Verurteilten ... ergeben", folgenden Zusatz hinzuzufügen: "oder dargetan hat, daß wesentliche Verdachtsgründe, auf welche die Annahme der Täterschaft des Verurteilten oder die Annahme des die Anwendung eines schweren Strafgesetzes begründeten Umstandes gestützt war, nicht mehr vorliegen". Diesen Antrag änderte der Antragsteller, als seitens der Regierungsvertretung bemerkt wurde, daß Verdachtsgründe, die nicht wesentlich seien, überhaupt nicht als Verdachtsgründe gelten könnten, dahin ab: "oder doch dargetan haben, daß ein begründeter Verdacht gegen den Angeklagten nicht mehr vorliegt". Dieser Antrag wurde einstimmig angenommen [33]. Bereits dieser Vorgang zeigt, daß durch die Hereinnahme der Formulierung "daß ein begründeter Verdacht ... nicht mehr vorliegt" in das Gesetz, eine echte Erweiterung des Personenkreises, der Anspruch auf eine Entschädigung haben soll, eintreten sollte.

Die Fälle nämlich, in denen der Nachweis geführt werden kann, daß eine Möglichkeit der Täterschaft nicht besteht, sind verhältnismäßig selten. Zahlreicher sind dagegen die Fälle, in denen die Unschuld zwar nicht positiv nachgewiesen worden ist, weil noch eine "ideelle Möglichkeit" [34] der Täterschaft besteht, in denen aber nach dem Ergebnis des Verfahrens konkrete Anhaltspunkte, ein sicherer Hinweis einer Beteiligung an der Straftat fehlt [35], und damit eine Täterschaft nicht mehr wahrscheinlich ist [36], da "die belastenden Aufstellungen völlig entkräftet worden sind" [37]. In diesem Fall sind die Tatsachen, welche den Verdacht begründet haben, widerlegt worden [38], alles ist "unsicher" geworden, da der Ver-

---

33) Vgl. Burlage, S. 33, 34.
34) Vgl. Burlage, S. 35.
35) Vgl. Burlage, a.a.O.
36) Vgl. Ritter, S. 36.
37) Burlage, a.a.O.
38) Vgl. Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, D 2 § 1 Anm. 7.

dacht sich nur noch auf "vage Mutmaßungen" [39], auf "unklare, unbestimmte Gefühle" [40] stützt. Nur dann, wenn man diese Fälle vor Augen hat, wird verständlich, was unter dem Begriff "nicht begründeter Verdacht" zu verstehen ist. Zu diesem Ausdruck, der im Gesetz von 1904 beibehalten worden ist, hat ein Regierungssprecher folgende Erklärung abgegeben: "Begründet, d.h. auf tatsächlichen Unterlagen und nicht auf vagen Mutmaßungen beruhend, müsse ein Verdacht stets sein, wenn er für strafprozeßuale Maßnahmen in Betracht kommen solle. Im Gesetz vom 20. Mai 1898 habe man es für zweckmäßig erachtet, dieses an sich selbständige Erfordernis besonders zum Ausdruck zu bringen, um zu verhüten, daß ein Freigesprochener aufgrund von Mutmaßungen noch als verdächtig angesehen werden kann; und diesem Vorgang sei der vorliegende Entwurf gefolgt" [41].

Wenn nun der Bundesgerichtshof verlangt, daß im Zeitpunkt der Entscheidung die früher vorhandenen Verdachtsgründe soweit beseitigt sein müssen, daß der Freispruch einem solchen wegen erwiesener Unschuld nahekommt, so geht dies weiter als das, was der Gesetzgeber mit der Formulierung "nicht begründeter Verdacht" zum Ausdruck bringen wollte [42]. Auch die ältere Lehre hat diesen Begriff nicht so eng ausgelegt [43].

Die Frage, um die es hier letztlich geht, lautet: Ist die von der herrschenden Meinung vorgenommene enge Auslegung des Begriffs "nicht begründeter Verdacht" gerechtfertigt, oder muß nicht vielmehr dieser Begriff weit ausgelegt werden, um einer möglichst großen Anzahl von Betroffenen die obligatorische Auslagenerstattung zukommen zu lassen? Eine enge Auslegung des Begriffs wäre dann gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber dem Betroffenen nur billigerweise einen Anspruch auf Auslagenerstattung zugesprochen hätte. Daß aber die Rege-

---

37) Burlage, a.a.O.

38) Vgl. Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, D 2 § 1 Anm. 7.

39) Vgl. Burlage, a.a.O.

40) Köhler, Der Gerichtssaal, Bd. 64, S. 358.

41) Vgl. Burlage, a.a.O.

42) Dies anerkennt auch Gossrau, JZ 1959, 288, der aber im Ergebnis dem BGH zustimmt, weil dessen Definition praktikabel, weil sie anschaulich und hinreichend konkret sei und in der Tat die Fälle erfasse, die - für die Auslagenerstattung - der erwiesenen Unschuld gleichgestellt zu werden verdienen würden.

43) Vgl. Burlage, S. 34 ff.; Kähler, S. 29 f.; Ritter, S. 36. Siehe unten Fußn. 54.

lung der Auslagenerstattung nicht nur eine Rechtswohltat darstellt, kommt schon in der Begründung des Regierungsentwurfs zum 3. Strafprozeßänderungsgesetz klar zum Ausdruck, wenn es dort heißt, es sei ein Gebot der Gerechtigkeit, die Kann-Vorschrift des § 467 Abs.2 StPO für die Fälle in eine Mußvorschrift umzuwandeln, in denen das Verfahren die Unschuld des Angeklagten ergeben oder dargetan hat, daß ein begründeter Verdacht nicht mehr besteht. Die Regelung in § 467 Abs.2 StPO stellt nichts anderes als die gesetzliche Normierung des ohnehin zugunsten des Angeklagten bestehenden Aufopferungsanspruchs dar[44]). Wenn § 467 Abs.2 StPO nur dann dem Angeklagten einen obligatorischen Auslagenerstattungsanspruch gewährt, wenn sich dessen Unschuld ergeben oder wenigstens ein nicht begründeter Verdacht vorliegt, so wird auf einen Umstand abgestellt, der beim allgemeinen Aufopferungsanspruch für die Versagung der Entschädigung keinen Anknüpfungspunkt bietet[45]). Zudem widerspricht die Regelung in § 467 Abs.2 StPO der Unschuldsvermutung des Art.6 Abs.2 MKR, ohne daß aber dadurch, wie oben ausgeführt[46]), die Gültigkeit der Norm berührt wird. Angesichts des Grundsatzes der Unschuldsvermutung dürfte es für die Auslagenerstattung grundsätzlich nicht auf die Stärke des verbliebenen Tatverdachts ankommen.

Aus diesen Gründen heraus ist der Personenkreis, der für einen obligatorischen Auslagenerstattungsanspruch in Frage kommt, möglichst groß zu halten und somit die Vorschrift des § 467 Abs.2 Satz 2 StPO weit auszulegen[47]). Deshalb weist Peters mit Recht darauf hin, daß die beiden vom Gesetz deutlich voneinander getrennten, selbständigen Voraussetzungen, nämlich erwiesene Unschuld und nicht begründeter Verdacht, nicht in eine gegenseitige Abhängigkeit zum Nachteil des Betroffenen und zum Vorteil des Fiskus gebracht werden dürfen[48]). Eine extensive Auslegung dieser Bestimmung ist auch deshalb unbedenklich, da § 2 UHaftEntschG entsprechend anzuwenden ist und damit dem Gericht in zahlreichen Fällen, in denen das Verfahren die Unschuld erwiesen oder dargetan hat, daß ein begründeter Verdacht nicht vorliegt, die Möglichkeit gegeben ist, die Auslagenerstattung zu versagen.

Ist § 467 Abs.2 Satz 2 StPO weit auszulegen, dann ist dem Wort "begründet" ein anderer Sinn zu geben. In diesem Wort kann nicht bloß ein Hinweis darauf gese-

---

44) Siehe oben § 8 IV.

45) Zur Einschränkung des Anspruchs siehe unten § 13.

46) Siehe oben § 10 II.

47) Nach Kähler, S.30, ist auch derjenige für entschädigungsberechtigt anzusehen, der zwar nicht völlig unschuldig dasteht, aber nicht ernsthaft verdächtig ist.

48) Peters, § 47 A IX 2b, S.370; so auch Reinisch, MDR 1966, 580.

hen werden, daß der Verdacht auf tatsächliche Unterlage und nicht bloß auf Mutmaßungen beruhen muß. Das Wort "begründet" weist vielmehr auf einen bestimmten Grad des Verdachts hin.

Die Strafprozeßordnung macht die während des Strafverfahrens zu treffenden Maßnahmen von dem Vorliegen eines bestimmten Grades des Verdachts abhängig. Die Staatsanwaltschaft kann erst dann die öffentliche Klage erheben, wenn genügend Anlaß besteht (§ 170 StPO). Nach § 203 StPO beschließt das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn der Angeklagte einer strafbaren Handlung hinreichend verdächtig erscheint. Voraussetzung der Untersuchungshaft ist u.a., daß der Beschuldigte dringend verdächtig ist, Diese Begriffe sind geeignet, einen Maßstab für die Wertung des "nicht begründeten Verdachts" abzugeben. Der Begriff des begründeten Tatverdachts muß daher im Zusammenhang mit diesen Vorschriften gesehen werden[49].

Bei der Frage, welcher Maßstab nun zugrunde zu legen ist, hilft die Überlegung weiter, daß § 467 Abs.2 StPO einen Aufopferungsanspruch regelt. Der hoheitliche Eingriff, der die Aufopferungslage hervorruft, ist in der Regel die Erhebung der öffentlichen Klage und deren Zulassung zur Hauptverhandlung[50]. Anklage darf aber gemäß § 170 StPO die Staatsanwaltschaft nur dann erheben, wenn ein genügender Anlaß besteht. Hat das Strafverfahren ergeben, daß ein genügender Anlaß nicht mehr besteht, so ist damit zum Ausdruck gebracht, daß der Verdacht sich am Ende des Strafverfahrens als so gering erwiesen hat, daß nicht einmal mehr die Staatsanwaltschaft Anklage erheben würde. Damit steht aber auch fest, daß, wenn die Staatsanwaltschaft schon ihrerseits den Sachverhalt so sorgfältig erforscht hätte, wie es das Gericht getan hat[51], der Eingriff vermieden worden wäre. Die Anklageerhebung kann zwar nur den Verdacht zur Grundlage haben, dessen Existenz zu diesem Zeitpunkt in keinem Fall durch die später erfolgende Freisprechung beseitigt oder verneint wird[52], aber die Erhebung der öffentlichen Klage hat sich nachträglich als vermeidbar dargestellt. Aus diesem Grund ist es gerechtfertigt, als Maßstab für den Begriff des "begründeten Verdachts" in § 467 Abs.2

---

49) So Peters, a.a.O.

50) Siehe oben § 8 IV 2.

51) Hierbei wird nicht übersehen, daß das Gericht andere Mittel besitzt, den Sachverhalt zu klären, als sie der Staatsanwaltschaft zur Verfügung stehen.

52) Vgl. von Schwarze, Der Gerichtssaal, Bd.34, S.127.

StPO den des genügenden Anlasses zu nehmen [53].

Ein begründeter Verdacht liegt somit schon dann nicht mehr vor, wenn das Verfahren die etwa früher vorhandenen Verdachtsgründe so weit beseitigt hat, daß ein genügender Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage nicht mehr besteht [54]. Auch diese Auslegung wird noch dem Sinn und Zweck des § 467 Abs. 2 Satz 2 StPO gerecht, nämlich zu verhindern, daß Angeklagte, die zwar eine Straftat begangen haben, aber aufgrund von Beweisschwierigkeiten nicht verurteilt werden können, einen Anspruch auf Auslagenerstattung erhalten.

V. Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz?

Die Unterscheidung zwischen Freispruch wegen erwiesener Unschuld und Freispruchs mangels Beweises kennt die Regelung der Auslagenerstattung im Privatklageverfahren in den §§ 471 Abs. 2, 472 Abs. 1 Satz 1 StPO nicht. Gemäß § 471 StPO hat der Privatkläger - abgesehen von der Bestimmung des § 471 Abs. 3 StPO - bei einem Freispruch stets die dem Angeklagten entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen und zwar auch dann, wenn erhebliche Verdachtsmomente vorliegen. Die Folge dieser unterschiedlichen Regelung ist, daß ein Angeklagter, dem

---

53) Diese Überlegungen führen dazu, den Begriff des "nicht begründeten Verdachts" in § 1 UHaftEntschG anders auszulegen, und zwar ist hier auf den Zusammenhang mit § 112 StPO hinzuweisen. Das hat zur Folge, daß der Kreis, der nach dem UHaftEntschG einen Anspruch auf Entschädigung hat, größer ist, als der, welcher einen Anspruch auf Auslagenerstattung hat. Dies ist aber schon deshalb gerechtfertigt, weil es sich bei der Verhängung der Untersuchungshaft um einen der schwerwiegendsten hoheitlichen Eingriffe in die Rechtssphäre des Betroffenen handelt.

54) So bereits der Beschluß des OLG Hamm vom 23.7.1954, NJW 1954, 1736 m. Hinw. auf die ältere Lehre; so auch Peters, § 80 II 7, S. 617. Als erster wies Ritter, S. 36, 37, darauf hin, daß es für den Begriff des "nicht begründeten Verdachts" in § 1 Abs. I StHaftEntschG nicht erforderlich ist, daß sämtliche in dem früheren Verfahren gegen den Angeklagten vorgebrachten Verdachtsmomente beseitigt sind, sondern es vielmehr genügt, wenn die wesentlichen derselben widerlegt und die noch übrig bleibenden derart geringfügiger Natur sind, daß sie nicht einmal zur Erhebung einer Anklage, geschweige denn zu einer Verurteilung hätten führen können. Vgl. auch Kähler, S. 30; Reinisch, MDR 1966, 381.

ein sog. Privatklagedelikt (§ 374 StPO) zur Last gelegt wird, bezüglich der Auslagenerstattung schlechter gestellt ist, wenn die Staatsanwaltschaft das öffentliche Interesse an dem Strafverfahren bejaht und die öffentliche Klage erhebt (§ 376 StPO), da sich in diesem Fall die Auslagenerstattung nach den §§ 467 Abs. 2, 467a StPO und nicht nach § 471 Abs. 3 StPO richtet mit der Folge, daß das Gericht bei Freispruch mangels Beweises unter Umständen nicht gemäß § 467 Abs. 2 Satz 1 StPO der Staatskasse die Auslagen auferlegt. Pusinelli [55], der in dieser unterschiedlichen Regelung einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz sieht, ist insoweit zuzustimmen, als sich dieses Ergebnis nicht (allein) mit dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung rechtfertigen läßt. Er übersieht aber, daß § 467 Abs. 2 StPO und § 471 Abs. 2 StPO ihrem Wesen nach verschiedenartige Ansprüche zum Inhalt haben und deshalb auch unterschiedlich geregelt werden können. Der Auslagenerstattungsanspruch ist seiner Rechtsnatur nach ein Aufopferungsanspruch, nicht dagegen der Anspruch aus § 471 Abs. 2 StPO. Das Ziel des Privatklageverfahrens ist zwar dasselbe wie das des Offizialverfahrens, nämlich die Verhängung einer kriminellen Strafe. Den Anspruch aus § 471 Abs. 2 StPO als Aufopferungsanspruch zu charakterisieren, scheitert aber daran, daß es beim Privatklageverfahren an einem hoheitlichen Eingriff fehlt [56]. Die Aufgaben, die im Offizialverfahren die Staatsanwaltschaft wahrnimmt, obliegen im Privatklageverfahren dem Privatkläger, dessen Handlungen keinen hoheitlichen Akt darstellen. Aus diesem Grund stellt die unterschiedliche Regelung der Auslagenerstattung keinen Verstoß gegen Art. 3 GG dar [57].

---

55) NJW 1967, 616.

56) Ob es sich bei dem Anspruch aus § 471 StPO um eine Art Sonderschadensersatz als einer Folge aus dem Recht auf Verteidigung handelt, kann in diesem Zusammenhang unerörtert bleiben. Vgl. zu § 467a StPO Tiedemann, MDR 1964, 975; Schwarz-Kleinknecht, Vorbem. 4 vor § 464.

57) Vgl. BVerfG, NJW 1967, 2151.

§ 13 EINSCHRÄNKUNG DER OBLIGATORISCHEN AUSLAGENERSTATTUNG DURCH § 2 UHAFTENTSCHG

I. Allgemeines

Die Rechtsordnung weist dem einzelnen Staatsbürger zur Befriedigung seiner Interessen eine Eigensphäre zu, innerhalb deren er Handlungsfreiheit hat und seine Neigungen und Fähigkeiten frei entwickeln und entfalten kann. Art.2 Abs.1 GG schützt dieses Recht auf Handlungsfreiheit und zwar im umfassenden Sinne, denn diese Bestimmung hat nicht nur die Entfaltung der Persönlichkeit innerhalb jenes Kernbereichs gemeint, der das Wesen des Menschen als geistig-sittliche Person ausmacht [1]. Die Anerkennung dieser Freiheit setzt aber voraus, daß ihr Gebrauch dem Wohle der Allgemeinheit dient und nicht sie schädigt, denn diese Freiheit des Menschen ist keine schrankenlose - "gewissermaßen für ein isoliertes Individuum gedachte - Freiheit" [2]. Wie dem Eigentum dort Schranken gesetzt sind, wo sein Gebrauch und seine Innehabung das Gemeinwohl verletzt (Art.14 Abs.2 GG, Art.18 GG), weshalb die producta et instrumenta sceleris des Täters vom Gesetz für verfallen erklärt werden und entschädigungslos eingezogen werden können [3], so findet auch die allgemeine Handlungsfreiheit des Art.2 Abs.1 GG dort ihre Grenze, wo sie Rechte anderer verletzen, gegen die verfassungsmäßige Ordnung [4] oder gegen das Sittengesetz verstoßen könnte. Diese Grenzen binden jeden einzelnen. Somit ist niemand der Allgemeinheit gegenüber berechtigt, sein persönliches Verhalten oder den Zustand seiner Sachen so einzurichten, daß dadurch die öffentliche Sicherheit und Ordnung gestört werden [5].

Überschreitet der einzelne diese ihm gesetzte Grenze, dann wird er zum Störer. Die gegen den Störer sich richtenden hoheitlichen Handlungen stellen keinen entschädigungspflichtigen Eingriff dar, denn es ist allgemein anerkannt, daß mit dem Einschreiten gegen den Störer, dieser nur in die von vornherein bestehenden Schranken zurückgewiesen wird und ihm somit nichts genommen wird, was ihm an ur-

---

1) So BVerfGE 6, 32 (36); a.A. v.Mangoldt-Klein, Art.2 Anm.III m.z.Hinw.
2) So Dürig in Maunz-Dürig, Art.2 Abs.1 Rdnr.4.
3) Vgl. Weber, Grundrechte, Bd.2, S.365, 366.
4) Unter verfassungsmäßiger Ordnung ist jede Rechtsordnung zu verstehen, die die materiellen und formellen Normen der Verfassung beachtet. Hierzu rechnen auch die Polizei- und Strafgesetze.
5) Vgl. Stödter, S.41.

sprünglicher Rechtsmacht zugestanden hätte [6].

Dieser insbesondere für das Polizeirecht vertretenen Ansicht kann nicht uneingeschränkt auf dem Gebiet des Strafrechts gefolgt werden. Die Strafgesetze weisen, wie Lerche hervorhebt, den Störer nicht nur in die Schranken seines Rechts zurück, sondern ermöglichen eine Beeinträchtigung seiner Rechte. Diese Beeinträchtigung dient aber dazu, den Störer in seine Grenzen zurückzudrängen, weshalb dieser keinen Anspruch auf Entschädigung hat [7], denn "Ausübung der Strafhoheit ist soziale Grenzziehung für menschliches Verhalten und Verantwortung" [8].

Störer im strafrechtlichen Sinne ist derjenige, der sich strafbar verhalten hat. Aber auch derjenige, der unschuldig ist, der aber vorsätzlich oder fahrlässig den Anschein hervorgerufen hat, sich strafbar gemacht zu haben, ist ein Störer [9]. Der Betreffende ist hier für eine Sachlage verantwortlich, aufgrund deren ein Strafverfahren eingeleitet und Anklage erhoben werden mußte. Dieser Fall ist insbesondere dann gegeben, wenn der Betreffende die Grenze der allgemeinen Handlungsfreiheit überschritten hat. Es liegt auf der Hand, daß bei Handlungen, welche nicht mehr durch Art. 2 Abs. 1 gedeckt sind und somit eindeutig im Widerspruch zur sozialen Gesellschaft stehen, ein Bedürfnis der Allgemeinheit besteht, diese Handlungen durch die Justiz auf ihre Strafbarkeit überprüfen zu lassen. In-

---

6) Vgl. Dürig, AöR, Bd. 79, S. 84 ff.; derselbe in Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. I Rdnr. 82; Drews-Wacke, S. 465; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 321; Furler, VerwArch, Bd. 33, S. 400, 405; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 445; Quaritsch, DVBl 1959, 455 ff.; Schiedermaier, S. 252; Stödter, S. 41 m.w.Hinw.; Wolff, Bd. 3 § 130 Ia, S. 81; Bd. 1, § 60 Ib2; zweifelnd Menger, VerwArch 1959, S. 85 f.; Luhmann, S. 165.

7) Vgl. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 119, 120. Der BGHZ 17, 172, verneint einen Aufopferungsanspruch bei einem Strafgefangenen, der durch einen anderen unerkennbar geisteskranken Gefangenen erschlagen worden ist, mit der Begründung, der Strafgefangene habe durch sein eigenes strafbares Verhalten die Unterbringung in eine Strafvollzugsanstalt verschuldet; vgl. zu dieser Entscheidung die Kritik von E. Schneider, Enteignung und Aufopferung, S. 111 ff.; Tiedemann, NJW 1962, 1760 ff.

8) So Janssen, S. 108.

9) So schließt der BGH in seinem grundlegenden Urteil vom 14. 2. 1952 (BGHZ 5, 144) bei polizeilichem Handeln dann einen Anspruch aus Aufopferung oder Enteignung auf Ersatz eines Vermögensnachteils, wenn der Betroffene schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) den Anschein einer polizeilichen Gefahr hervorgerufen hat, und hierauf die polizeiliche Maßnahme zurückzuführen ist. Vgl. OLG Hamm, MDR 1957, 697; DAR 1953, 248; Drews-Wacke, § 4 Anm. 8,

soweit hat es sich jeder selbst zuzuschreiben, wenn ein Strafverfahren eingeleitet und durchgeführt wird[10]. Aus diesem Grund hat nicht nur der Delinquent, sondern auch derjenige, der unschuldig ist, aber den Anschein eines Delinquenten verschuldet hat, keinen Anspruch auf Entschädigung[11].

Von den Fällen, bei denen dem einzelnen der Vorwurf zu machen ist, daß er durch sein Verhalten das Strafverfahren verursacht hat, sind diejenigen Fälle zu trennen, bei denen das Handeln oder Unterlassen des Betroffenen, den durch das rechtmäßig eingeleitete und durchgeführte Strafverfahren eingetretenen Schaden erhöht hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist auch bei Aufopferungsansprüchen ein mitwirkendes Verschulden zu berücksichtigen[12], was u.U. zu einem völligen Ausschluß einer Entschädigung führen kann.

Aus diesen Gründen heraus bestimmt daher mit Recht § 467 Abs.2 Satz 2 StPO in Verbindung mit § 2 UHaftEntschG, daß der Anspruch auf Auslagenerstattung ausgeschlossen ist, wenn der Angeschuldigte das Verfahren vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit verschuldet hat (§ 2 Abs.1 UHaftEntschG) und die Auslagenerstattung versagt werden kann, wenn die Tat eine grobe Unredlichkeit oder Unsittlichkeit in sich geschlossen hat, oder in einem die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rauschzustand begangen worden ist, oder wenn sich aus den Tatumständen ergibt, daß der Angeschuldigte die Verübung eines Verbrechens oder Vergehens vorbereitet hat (§ 2 Abs.2 UHaftEntschG). Ferner kann der Anspruch ausgeschlossen werden, wenn der Angeschuldigte sich nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte befunden hat, unter Polizeiaufsicht gestanden ist, innerhalb der letzten zwei Jahre seine Unterbringung in einem Arbeitshaus rechtskräftig angeordnet worden ist, oder wenn er mit Zuchthaus bestraft worden ist, und seit der Verbüßung dieser Strafe nicht 3 Jahre vergangen sind (§ 2 Abs.3 UHaftEntschG).

II. § 2 Abs.1 UHaftEntschG

1. Die Auslagenerstattung ist gemäß § 467 Abs.2 Satz 2 StPO in Verbindung mit § 2 Abs.2 Satz 1 UHaftEntschG ausgeschlossen, wenn der Angeklagte das Verfahren vorsätzlich herbeigeführt oder durch grobe Fahrlässigkeit verschuldet hat. Da es

---

S.59; § 22 Anm.2b, S.468.

10) Vgl. BGHSt 11, 383 (388); OLG Hamburg, NJW 1966, 1882.

11) Vgl. Tiedemann, MDR 1964, 974.

12) BGH, NJW 1966, 1859 m.z.Hinw. auf Rspr. und Lehre; vgl. auch Wilke, S.102 f. m.w.Hinw.; Soergel-Siebert, Rdnr.29 vor § 823.

sich bei dem Anspruch auf Auslagenerstattung um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch handelt, scheidet der Begriff der Fahrlässigkeit des Zivilrechts, der rein objektiv gefaßt ist und in § 276 Abs. I Satz 2 BGB definiert wird, aus[13]). Vielmehr ist hier auf den Einzelfall abzustellen bei der Frage, ob der Angeklagte grob fahrlässig gehandelt hat. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind Erscheinungsformen der Schuld. Gemeint ist hier aber nicht eine Verhaltensweise, die das Gesetz ausdrücklich verbietet. So verbietet es die Strafprozeßordnung nicht, eigene Beweismittel zu vernichten oder zu verheimlichen oder den Verdacht auf sich ruhen zu lassen. Deshalb können die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit nur im untechnischen Sinn verstanden werden. Gemeint ist nur ein Verschulden gegen sich selbst[14]). Für den Grad des Verschuldens kommt es unmittelbar auf die Kenntnisse und Fähigkeiten, auf das Vorstellungsvermögen des freigesprochenen Angeklagten an[15]). Das bedeutet z.B., daß einem Geisteskranken, der aufgrund seiner Krankheit oder einem Jugendlichen, der nach stundenlangem Verhör ein falsches Geständnis ablegt, nicht gemäß § 2 Abs. 1 UHaftEntschG die Auslagenerstattung versagt werden kann, da ihm aus seinem Verhalten kein

---

13) Vgl. Riecker, S. 32, der auf den Fahrlässigkeitsbegriff des Strafrechts abstellt; so auch Peters, S. 370; a.A. OLG Oldenburg, NJW 1963, 2241 - ihm folgend KMR, § 467 Anm. 4e -, das von einem zivilrechtlichen Anspruch ausgeht und deshalb den Maßstab des bürgerlichen Rechts nimmt. Auch Schwarz-Kleinknecht, § 2 UHaftEntschG Anm. 1, der bei der Entschädigung wegen unschuldig erlittener Untersuchungshaft von einem zivilrechtlichen Anspruch ausgeht, verwendet den zivilrechtlichen Begriff der Fahrlässigkeit und stellt deshalb nicht auf die Person, sondern auf objektive Maßstäbe ab. So auch OLG Celle, NdsRpfl. 1963, 259; vgl. auch LG Wiesbaden, NJW 1964, 266; vgl. auch Engell, S. 59, der sich gegen eine Verwendung der Begriffe Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit im Entschädigungsrecht ausspricht; Burlage, S. 51.

14) Vgl. auch Kähler, S. 32.

15) So Fontes, GA 1955, S. 40, 42. Auch die Rspr. scheint - soweit sie nicht die Problematik, welcher Fahrlässigkeitsbegriff anzuwenden ist, überspielt, wie z.B. OLG Karlsruhe, NJW 1961, 1828, aber auch BGH, VRS 27, 363, zeigen - auf die Person und nicht auf rein objektive Maßstäbe abzustellen. Nach Ansicht des BGH, Urteil vom 23.1.1957, mitgeteilt von Dallinger in MDR 1957, 268, kann dann im Verhalten des Angeklagten eine grobe Fahrlässigkeit erblickt werden, "wenn nach Sachlage verständigerweise von ihm erwartet werden konnte, daß er bereits im Ermittlungsverfahren die zu seiner Entlastung geeigneten Tatsachen bekannt gab ...". Das BayObLG, NJW 1965, 1569, stellt darauf ab, "ob der Beschuldigte erkennt oder erken-

Vorwurf gemacht werden kann.

2. Als weiteres Problem taucht die Frage auf, ob bei der entsprechenden Anwendung des § 2 Abs.1 UHaftEntschG das Verschulden sich vorwiegend auf Vorgänge beziehen muß, die erst nach der Tat eingetreten sind, [16] oder sich auch auf Vorgänge beziehen kann, welche die Tat, die Gegenstand des Verfahrens ist, unmittelbar berühren [17]. Aus dem Aufbau des Gesetzes ergibt sich, daß in § 2 Abs.1 UHaftEntschG nur Vorgänge gemeint sein können, die nach der Tat, die den Gegenstand des Verfahrens bildet, eingetreten sind, da gerade § 2 Abs.2 UHaftEntschG dem Wortlaut nach nur auf "die zur Untersuchung gezogene Tat" abstellt, und für die Anwendung des § 2 Abs.3 UHaftEntschG die Persönlichkeit des Angeklagten, sein Vorleben, von Bedeutung ist. Eine einschränkende Auslegung des § 2 Abs.1 UHaftEntschG ist auch deshalb gerechtfertigt, weil gemäß § 2 Abs.1 UHaftEntschG der Auslagenerstattungsanspruch ausgeschlossen ist, ohne daß dem Gericht ein Ermessensspielraum eingeräumt wird, während § 2 Abs.1 UHaftEntschG die Auslagenerstattung ins Ermessen des Gerichts stellt.

3. Die Auslagenerstattung ist gemäß § 2 Abs.1 UHaftEntschG aber nur ausgeschlossen, wenn eine grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Das Wort "grob" bedeutet, daß dem Angeklagten ein besonders schwerer Vorwurf zu machen ist. Das Gericht hat zu prüfen, ob der Angeklagte mit großer Sorglosigkeit verfahren ist [18].

4. Umstritten ist, ob derjenige Angeklagte grob fahrlässig handelt, der erkennt oder ohne weiteres erkennen könnte, daß ohne sein Zutun der Sachverhalt nicht in einem ihm günstigen Sinne geklärt werden kann und trotzdem schweigt und keine Aussagen macht, obgleich er zu seiner Entlastung beitragen und so das Verfahren abkürzen könnte [19].

---

nen kann, daß ohne sein Dazutun Täter und Tathergang nicht zu ermitteln sind". Ähnlich auch das OLG Hamm, NJW 1963, 1370, das deshalb § 2 Abs.1 UHaftEntschG nicht eingreifen läßt, weil der Angeklagte von vornherein hinsichtlich des Tatkomplexes unzurechnungsfähig war und demgemäß nicht schuldhaft handeln konnte.

16) So KG, VRS 26, 442; vgl. auch Burlage, S.25.

17) So BGH, VRS 27, 363.

18) Vgl. Burlage, S.51.

19) Für eine entsprechende Anwendung des § 2 Abs.1 UHaftEntschG sind BGH, NJW 1958, 1452; BayObLG, NJW 1956, 1569; OLG Karlsruhe, NJW 1961, 1128; OLG Hamm, Rpfleger 1963, 346; JMBlNRW 1965, 47; LG Frankfurt, NJW 1967, 641, m.ablehnender Anm. von Dahs jr.; Löwe-Rosenberg, § 467 Anm.10c; Koch, GA 1964, 174; a.A. LG Freiburg, AnwBl. 1966, 328; Baumann, GA 1957, 407.

Ohne Zweifel kann sich der Beschuldigte durch einfaches Schweigen verteidigen[20]. Dieses Recht schließt auch ein, daß der Beschuldigte rechtlich nicht verpflichtet ist, zur Ermittlung der Wahrheit in irgendeiner Form beizutragen. Insoweit trifft ihn also auch keine Prozeßförderungspflicht[21]. Dennoch ist dem Beschuldigten in derartigen Fällen die Erstattung der notwendigen Auslagen zu verweigern[22].

Hat es der Beschuldigte selbst in der Hand, ob das Verfahren und die dadurch verursachte Rechtsbeeinträchtigung ihr Ende finden, so trifft ihn ein mitwirkendes Verschulden, wenn er nichts unternimmt, um das Verfahren zu beenden. Kann der Beschuldigte verhindern, daß gegen ihn Anklage erhoben wird und daß es zu einer Hauptverhandlung kommt, und nimmt er diese Gelegenheit nicht wahr, sei es, daß er sich zur Anschuldigung nicht äußert, den wirklichen Tathergang nicht schildert, keine Entlastungsbeweise beibringt oder benennt, also nichts tut, um das Verfahren möglichst rasch zum Abschluß zu bringen, so ist das seine Sache[23]. Er kann dann aber nicht Ersatz der notwendigen Auslagen verlangen. Das würde dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen[24]. § 2 Abs.1 UHaftEntschG ist im Grunde nur ein Anwendungsfall dieses Grundsatzes, der auch in § 254 BGB seinen Ausdruck findet[25]. Es kommt nicht darauf an, ob den Beschuldigten eine Prozeßförderungspflicht trifft. Entscheidend für den Tatbestand des § 2 Abs.1 UHaftEntschG ist nicht, ob der Beschuldigte einer aus der StPO sich ergebenden Pflicht nachgekommen ist, sondern allein, ob er es in der Hand gehabt hat, das Verfahren zu beenden und ob er dies erkannt hat[26]. In diesem Fall ist ihm kein Sonderopfer "abverlangt" worden. Von dem Betroffenen kann erwartet werden, daß er ihm gegebene Möglichkeiten nutzt, um einen Schaden, der ihm infolge des Eingriffs droht, zu verhindern oder abzulehnen. Mit Recht

---

20) Vgl. BGHSt 1, 342; Löwe-Rosenberg, § 136 Anm.4; Kohlhaas, NJW 1965, 2282 ff.

21) Vgl. Baumann, GA 1957, 408; a.A. BayObLG, NJW 1956, 1569.

22) Vgl. OLG Hamm, JMBlNRW 1965, 47.

23) Vgl. OLG Hamm, JMBlNRW 1965, 47.

24) Vgl. BGH, DRiZ 1962, 241, 244. Dort hat der BGH für einen Fall, in dem der der Betroffene selbst durch sein Verhalten ein behördliches Einschreiten verursacht hatte, ausgesprochen, der Grundsatz von Treu und Glauben könne einen Entschädigungsanspruch als rechtsmißbräuchlich ausschließen. Vgl. auch BGH, NJW 1966, 1859.

25) Vgl. RGRK, § 254 Anm.1.

26) Vgl. BGH, Urteil vom 23.1.1957, mitgeteilt von Dallinger in MDR 1957, 268; OLG Hamm, Rpfleger 1963, 346.

weist Burlage [27]) darauf hin, daß es sich bei § 2 UHaftEntschG nicht um die Frage handelt, wozu der Beschuldigte nach der Strafprozeßordnung gegenüber dem Richter verpflichtet ist, sondern darum, ob er durch eine übliche und besonnene Handlungsweise die Untersuchungshaft abgewendet hätte, auf den Fall der Auslagenerstattung übertragen, ob er das Strafverfahren hätte verhindern oder vorzeitig beenden können.

Die Gründe für das Schweigen und Untätigbleiben des Beschuldigten spielen aber eine Rolle für die Frage, ob das Verhalten grob fahrlässig gewesen ist. Deshalb scheidet eine Auslagenerstattung nicht aus, wenn der Angeschuldigte schweigt, um nicht eine andere Straftat offenbaren zu müssen, deren Verfolgung er befürchtet [28]), oder wenn er nur vor der Polizei keine Aussagen machen will, deshalb um eine richterliche Vernehmung bittet, und diese aber verweigert wird [29]). Bei derartigen Fällen kann nicht von einem besonders schweren Vorwurf gegenüber dem Beschuldigten gesprochen werden. Desgleichen auch dann nicht, wenn für den Beschuldigten ein berechtigtes Interesse bestanden hat [30]), seine Unschuld in öffentlicher Verhandlung bescheinigt zu bekommen, nachdem die Staatsanwaltschaft gegen ihn ein Strafverfahren eingeleitet hat [31]) [32]).

5. Das vorsätzliche Verhalten oder die grobe Fahrlässigkeit müssen für die Eröffnung oder Durchführung des Strafverfahrens ursächlich gewesen sein. Kann dem Angeschuldigten grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz nur bezüglich eines Teils des Strafverfahrens zur Last gelegt werden, dann ist die Entschädigung nur insoweit ausgeschlossen, als das Verfahren durch das Verhalten des Angeschuldigten ver-

---

27) A.a.O., S.51.

28) A.A. BGH, NJW 1958, 1452, der nur auf den Sinn des § 2 Abs.1 UHaftEntschG abstellt, ohne dem Wort "grobe" Fahrlässigkeit größere Bedeutung beizumessen. Abzulehnen auch LG Frankfurt, NJW 1967, 641, m. kritischer Anm. von Dahs jr.

29) Vgl. OLG Saarbrücken, VRS 21, 135; vgl. aber auch OLG Hamm, JMBlNRW 1965, 47.

30) So z.B., wenn durch die Einleitung eines Strafverfahrens und durch die Erhebung der öffentlichen Klage der Ruf des Betroffenen, ein reeller Geschäftsmann oder guter Arzt zu sein, so stark gelitten hat, daß dadurch das Vertrauen der Kunden bzw. Patienten zu dieser Person zerstört worden ist, diese daher nicht mehr zu ihm kommen, und auch das bloße Einstellen des Verfahrens hieran nichts zu ändern vermag.

31) Anders gelagert ist der Fall des BayObLG in NJW 1956, 1569.

32) Zahlreiche Beispiele für das Vorliegen des § 2 Abs.1 UHaftEntschG siehe bei Löwe-Rosenberg, § 467 Anm.10c.

längert worden ist, und dadurch sich der Schaden des Betroffenen erhöht hat[33] 34).

III. § 2 Abs. 2 UHaftEntschG

Die Überbürdung der notwendigen Auslagen auf die Staatskasse kann in entsprechender Anwendung des § 2 Abs. 2 UHaftEntschG abgelehnt werden, wenn die den Gegenstand des Verfahrens bildende Tat eine grobe Unredlichkeit oder Unsittlichkeit in sich geschlossen hat, oder der Angeschuldigte im Rausch gehandelt hat, oder wenn das Verfahren ergeben hat, daß der Angeschuldigte die Verübung eines Verbrechens oder Vergehens vorbereitet hat. Auch diese Einschränkung findet letztlich ihre Rechtfertigung darin, daß aus dem Gedanken der Aufopferung heraus ein Ausgleich für die Interessenzurücksetzung des Angeschuldigten nicht geschuldet ist, wenn diese durch ein sittenwidriges Verhalten veranlaßt worden ist.

1. Die Bedenken Engells[35] gegen die Regelung in § 2 Abs. 2 UHaftEntschG können nicht geteilt werden. Seiner Ansicht nach beurteilt das Gesetz vom ethischen Standpunkt aus die Würdigkeit desjenigen, der eine Entschädigung beansprucht. Es dürfe aber nicht vom moralischen Standpunkt aus an das Problem der Entschädigung herangegangen werden, sondern es müsse auch hier vom rechtlichen Standpunkt ausgegangen werden. Erkläre das Strafrecht eine Handlung für straffrei, so dürfe nicht anhand eines ethischen Gradmessers, der zudem noch zu ungeeignet sei, um als fester Maßstab Verwendung zu finden, eine moralische Schuld erkannt werden. Engell übersieht bei dieser Argumentation aber, daß der wirkliche Grund für den Ausschluß des Erstattungsanspruchs der ist, daß der Betreffende durch sein sittenwidriges Verhalten den Anschein hervorgerufen hat, sich strafbar verhalten zu haben und dadurch das Strafverfahren selbst verschuldet hat[36]. Daraus ergibt sich aber auch, daß es nicht genügt,

---

33) Vgl. Burlage, S. 54; Löwe-Rosenberg, § 467 Anm10c.

34) Zur Frage, ob trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 UHaftEntschG und des Tatbestandes des § 467 Abs. II 2 StPO damit auch eine Ermessensentscheidung des Gerichts nach § 467 Abs. II Satz 1 StPO ausgeschlossen ist, siehe unten § 14 II.

35) A.a.O., S. 67 ff.

36) Anders noch die Begründung des Entwurfs zu § 2 UHaftEntschG, stenografische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 11. Legislaturperiode, 1. Session, 1. Sessionsabschnitt, 1903 - 1904, S. 858, bei Burlage zitiert

daß sich erst während des Strafverfahrens die Sittenwidrigkeit der Handlung offenbart. Es ist vielmehr erforderlich, daß gerade die Sittenwidrigkeit den Anlaß zur Durchführung des Strafverfahrens gegeben hat.

2. Der Tatbestand der groben Unredlichkeit liegt auch dann vor, wenn die Tat in bezug auf fremdes Vermögen vom Standpunkt rechtlichen Denkens und sittlichen Verhaltens vorwerfbar ist[37], wenn die Tat den Grundsätzen des anständigen Geschäftsverkehrs widerspricht. Der Begriff der Unsittlichkeit ist im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG weit zu fassen, da derjenige, der die in Art. 2 GG aufgeführten Schranken der allgemeinen Handlungsfreiheit überschreitet, als Störer auftritt, und somit das Vorgehen des Staates in der Rechtssphäre des Betroffenen selbst begründet liegt. Er umfaßt daher nicht nur ein Verhalten im geschlechtlichen Sinne, sondern jedes Verhalten, das vom allgemeinen sittlichen Standpunkt aus zu verurteilen ist, oder im Widerspruch zum allgemeinen Rechtsbewußtsein steht[38]. Ein derartiges Verhalten liegt immer dann vor, wenn der Angeklagte ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, nicht dagegen bei Übertretungen[39].

Zu berücksichtigen ist, daß das Wort "grob" sich nicht nur auf die Unredlichkeit, sondern auch auf die Unsittlichkeit bezieht, so daß in beiden Fällen ein schwerer Verstoß vorliegen muß[40].

Die Prüfung des Ausschlußtatbestandes ist nicht aufgrund rein objektiver Umstände vorzunehmen, sondern hat auch die persönliche Schuldseite zu umfassen[41], was schon aus der Entstehungsgeschichte dieser Rechtsnorm zu entnehmen ist. Das be-

---

S. 56: "Es ist nicht ausgeschlossen, daß ein Angeklagter im Rechtssinne unschuldig und deshalb freigesprochen werden muß, daß aber gleichwohl weil sein zur Untersuchung gezogenes Verhalten gegen die guten Sitten verstößt, ein solcher Makel an ihm haften bleibt, daß es das Rechtsgefühl schwer verletzen würde, wenn ihm für eine erlittene Untersuchungshaft auch noch aus öffentlichen Mitteln eine Entschädigung gewährt werden müßte".

37) Vgl. BGH, NJW 1955, 997; BayObLG, NJW 1959, 588; OLG Hamm, NJW 1963, 1370; a. A. Burlage, S. 57.

38) Vgl. RGSt 76, 294; BGH, NJW 1955, 997; 1958, 1452; BayObLG, NJW 1959, 588; Löwe-Rosenberg, § 467 Anm. 10 d; Kähler, S. 34; a. A. Burlage, S. 57; Romen, S. 53.

39) Vgl. BayObLG, JR 1961, 152.

40) Vgl. OLG Hamm, NJW 1963, 1370; Burlage, S. 58; Engell, S. 66.

41) So BGH, NJW 1955, 997.

deut aber nicht, daß beim Täter die allgemeinen oder besonderen Schuldvoraussetzungen vorliegen müssen[42]). Das zeigt sich schon darin, daß gemäß § 2 Abs. 2 UHaftEntschG der Anspruch auch dann ausgeschlossen werden kann, wenn die Tat in einem die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rausch begangen worden ist. Unter der "zur Untersuchung gezogenen Tat" ist die Tat zu verstehen, die nach dem § 155, 264 StPO Gegenstand der Untersuchung und Urteilsfindung ist[43]), somit der einheitliche geschichtliche Vorgang, innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll.

Die Vorbereitung eines Verbrechens oder Vergehens hat sich nur dann aus den Tatumständen "erhellt", wenn Vorbereitungshandlungen positiv festgestellt werden. Eine Vorbereitungshandlung im Sinne dieser Vorschrift liegt auch dann vor, wenn die Handlung des Angeklagten bereits in das Versuchsstadium eingetreten ist, der Versuch dieses Deliktes aber nicht strafbar ist (vgl. § 43 Abs. 2 StGB).

3. Liegt einer der in § 2 Abs. 2 UHaftEntschG genannten Umstände vor, dann kann der Anspruch auf Auslagenerstattung ausgeschlossen werden. Aus der Formulierung "kann" ergibt sich, daß es im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts steht, den Auslagenerstattungsanspruch zu verneinen. Welche Umstände für die Ermessensentscheidung des Gerichts maßgebend sind, bestimmt die Vorschrift nicht. Da beim Vorliegen der Voraussetzungen von § 2 Abs. 2 UHaftEntschG auch beim allgemeinen Aufopferungsanspruch ein mitwirkendes Verschulden zu berücksichtigen wäre, das u.U. zum völligen Ausschluß einer Entschädigung führen könnte, so haben die Überlegungen des Gerichts - anders als beim Vorliegen des § 467 Abs. 2 Satz 1 StPO - dahin zu gehen, ob trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 UHaftEntschG eine Überbürdung der notwendigen Auslagen auf den Staat gerechtfertigt erscheint[44]). Das Gericht hat daher zu prüfen, ob Gründe vorliegen, die es rechtfertigen, einen Auslagenerstattungsanspruch zu gewähren, obgleich der Betroffene das Verfahren verschuldet hat[45]).

Stellt das Gericht das Verfahren wegen eines Verfahrenshindernisses ein, dann kann bei der Ermessensentscheidung von Bedeutung sein, von welchem Zeitpunkt an das Verfahrenshindernis vorgelegen hat, ob es von vornherein zutage gelegen ist, oder sich dessen Vorliegen erst später zweifelsfrei ergeben hat, und von wel-

---

42) Vgl. BGH, NJW 1955, 997; OLG Hamm, NJW 1963, 1370.
43) So BayObLG, NJW 1962, 261.
44) Vgl. BGH, NJW 1958, 1452.
45) Anders noch die Begründung des Entwurfs; siehe oben Fußn. 36.

chem Zeitpunkt an das Verfahren hätte eingestellt werden können. Das Gericht kann kann die Erstattung der notwendigen Auslagen auf diejenigen Auslagen beschränken, die ausscheidbar erst durch die Weiterführung des Verfahrens entstanden sind, nachdem das Verfahren hätte eingestellt werden können. Entsprechendes gilt, wenn die Handlung, die zur Zeit ihrer Begehung strafbar gewesen ist, wegen einer nachträglichen Änderung der materiellen Rechtslage im Zeitpunkt der Urteilsverkündung aber nicht mehr bestraft werden kann.

IV. § 2 Abs. 3 UHaftEntschG

1. Die Erstattung der notwendigen Auslagen kann auch dann abgelehnt werden, wenn die Tatumstände des § 2 Abs. 3 UHaftEntschG vorliegen. Fraglich ist, welcher Zeitpunkt an die Stelle des Zeitpunkts der Verhaftung tritt. Man könnte hier zunächst an den Zeitpunkt der Freisprechung denken[46], oder an den Zeitpunkt der Klageerhebung, oder gar auf den Beginn der Ermittlungen gegen den Angeklagten abstellen. Bei der Klärung dieser Frage muß folgendes berücksichtigt werden. Das bloße Vorliegen eines der in § 2 Abs. 3 UHaftEntschG genannten Umstände reicht für einen Ausschluß der Auslagenerstattung nicht aus. Völlig abwegig ist es, einem wegen Betrugs Angeklagten, der wegen erwiesener Unschuld freigesprochen wird, nur deshalb die Erstattung der notwendigen Auslagen zu verweigern, weil er schon wegen Entführung gemäß § 236 Abs. 1, 1. Halbsatz StGB zu Zuchthaus verurteilt worden ist, oder einem wegen eines Vergehens nach § 316 StGB Angeklagten, der wegen erwiesener Unschuld freigesprochen wird, deshalb die Erstattung der notwendigen Auslagen zu versagen, weil er wegen Meineids nach § 154 Abs. 2 StGB zu Gefängnis verurteilt worden ist und ihm die bürgerlichen Ehrenrechte gemäß § 161 StGB aberkannt worden sind. Soll die Regelung des § 2 Abs. 3 UHaftEntschG überhaupt einen Sinn haben, dann muß gefordert werden, daß das Vorleben des Betroffenen tatsächlich den Anlaß für ein Strafverfahren gegen ihn gegeben hat[47], denn nur dann kann auch von einem Mitverschulden gesprochen werden. Schränkt man die Anwendung dieser Norm so ein, dann kommt als fraglicher Zeitpunkt nur der Beginn des Ermittlungsverfahrens gegen den Angeklagten in Frage.

2. Nach Schorn verletzt die Regelung des § 2 Abs. 3 UHaftEntschG die Würde des dort aufgezählten Personenkreises und verstößt damit gegen Art. 1 Abs. 2 GG[48].

---

46) So Eb. Schmidt, § 467 Rdnr. 27.

47) Vgl. Peters, § 47 IX 2c, cc; S. 371.

48) Schorn, Schutz der Menschenwürde, S. 137. Vgl. auch Engell, S. 70; Kähler, S. 34, 35.

Art.1 Abs.1 GG erklärt die Würde des Menschen für unantastbar und verpflichtet alle staatliche Gewalt, sie zu achten und zu schützen. Dieser Begriff entzieht sich rechtlicher Bestimmtheit und Bestimmbarkeit, ja selbst eine Aufzählung einzelner Bestandteile der Würde nach ihrem Wesen und Sinn wird nicht für möglich gehalten[49]. Als Würde des Menschen wird all das angesehen, was den Menschen im spezifischen und wesenhaften Sinne ausmacht[50]. Nach Peters besteht die Würde des Menschen in dem, "was ihn von der übrigen belebten und unbelebten Schöpfung auszeichnet. Es ist seine Persönlichkeit. Sie befähigt ihn zum Denken, zum Empfinden, Forschen und Werten, zum sittlichen Handeln und Beurteilen. len. Sie ermöglicht es ihm, über die Diesseitsbezogenheit vorzudringen" [51]. Das Urteil darüber, was der Würde des Menschen entspricht, wird durch die fortschreitende Erkenntnis der sittlichen Werte und der aus ihr sich ergebenden Grundsätze für das menschliche Handeln bestimmt[52]. Das Bundesverfassungsgericht nennt beispielhaft den Schutz des Menschen vor Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung und Ächtung[53]. Als weitere Beispiele führt das Schrifttum an den Schutz vor Entrechtung, Zwangsarbeit, Terror, Massenmord, Sklaverei, Folter, Vernichtung sog. "lebensunwerten" Lebens, "Menschenversuche" [54].

Jeder Mensch, auch der Verbrecher, hat eine Würde, die der Staat zu achten hat.[55]. Diese wird aber durch die Regelung in § 2 Abs.3 UHaftEntschG nicht mißachtet. Aus den oben angeführten beispielhaften Aufzählungen ergibt sich, daß allein eine finanzielle Schlechterstellung keinen Verstoß gegen die Würde des Menschen darstellt[56], denn dadurch wird die "ideelle Substanz, die das Wesen des Menschen ausmacht" [57], nicht berührt.

---

49) Vgl. Maunz, § 14 II 1. Nach Nipperdey, Die Würde des Menschen, S.1, bedarf dieser Begriff keiner juristischen Definition.

50) Vgl. Bonner Kommentar, Art.1 Anm.2., Zahlreiche Beisp. in Maunz-Dürig, Art.1 Rdnr.27 ff.

51) Vgl. Peters, Strafprozeß, § 4 I 4.

52) Vgl. BGHSt 11, 249.

53) So BVerfGE 1, 97 (104).

54) Vgl. Dürig in Maunz-Dürig, Art.1 Abs.I Rdnr.30, m.w.Hinw.; Maunz, § 14 II 1; v.Mangoldt-Klein, Art.1 Anm.III 3.

55) So Dürig in Maunz-Dürig, Art.1 Abs.I Rdnr.21.

56) Zum Problem des Rechts auf ein Mindestmaß an rechtsstaatlichen Gütern für ein menschenwürdiges Dasein, vgl. Nipperdey, Die Würde des Menschen, S. 5 ff., m.zahlr.Hinw.; Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, S.42 f.

57) So Nipperdey, a.a.O., S.5.

§ 14 FAKULTATIVE AUSLAGENERSTATTUNG BEI FREISPRUCH IM SINNE DES § 467 ABS. 2 SATZ 1 StPO

I. Kann der Tatverdacht nicht beseitigt werden, und wird deshalb der Angeklagte nur mangels Beweises freigesprochen, so "können" die dem Angeklagten entstandenen notwendigen Auslagen der Staatskasse auferlegt werden. Die Redewendung in § 467 Abs. 2 Satz 1 StPO "können der Staatskasse auferlegt werden" zeigt, daß dem Gericht ein sog. (freies) Ermessen eingeräumt worden ist. Es steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, darüber zu entscheiden, ob der Angeklagte die notwendigen Auslagen zu tragen hat oder die Staatskasse. Welche Umstände bei der Ermessensentscheidung des Gerichts eine Rolle spielen, ist sehr umstritten. Sicherlich reicht es nicht aus, daß der Tatverdacht nicht ausgeräumt worden ist, und somit nur ein Freispruch mangels Beweises erfolgt, um die Auslagenerstattung zu versagen, denn diese Tatsache ist gerade Voraussetzung für die fakultative Auslagenerstattung. Bei der Frage, ob dem Angeklagten die notwendigen Auslagen erstattet werden sollen oder nicht, sind vielmehr andere Gesichtspunkte heranzuziehen.

Nach der Rechtsprechung soll es bei der Ausübung des Ermessens entscheidend auf die Stärke des verbliebenen Tatverdachts ankommen [1]. Das Gericht kann also mit Rücksicht auf den noch bestehenden erheblichen Tatverdacht eine Auslagenerstattung ablehnen [2]. Letztlich sollen alle Umstände bei der Ermessensentscheidung berücksichtigt werden, die es rechtfertigen, der Staatskasse die notwendigen Auslagen aufzubürden, wie z.B. die Vermögenslage [3], der Grad des Verschuldens

---

1) Vgl. OLG Hamm, DAR 1955, 255; 1958, 224; OLG Bremen, NJW 1961, 617. Nach BGH, zitiert bei Dallinger in MDR 1957, 142, ist für die Ermessensentscheidung in der Regel maßgebend, welcher Art die strafbare Handlung ist, deren der Angeklagte ernstlich verdächtig bleibt, und wie viel leichter sie wiegt als die Straftat, die dem Angeklagten im Verfahren zur Last gelegt worden ist. Damit übernimmt der Bundesgerichtshof die mehr als zweifelhafte Rechtsprechung des Reichsgerichts bezügl. der Auslagenerstattung.

2) Vgl. KG, NJW 1962, 1264.

3) So OLG Bremen, NJW 1961, 617; KMR, § 467 Anm. 4c; Löwe-Rosenberg, § 467 Anm. 9. In der Regel soll die Staatskasse bei völliger Vermögenslosigkeit des Betreffenden die notwendigen Auslagen zu tragen haben. Es würde aber nach Ansicht des OLG Hamm in DAR 1963, 248, im umgekehrten Fall einen Ermessensfehler darstellen, wollte das Gericht deshalb der Staatskasse nicht die Erstattung der notwendigen Auslagen auferlegen, weil der Angeschuldigte nicht völlig vermögenslos ist.

am Verfahren[4] oder auch die Tatsache, daß dem Angeklagten, hätte er keinen Wahlverteidiger genommen, nach § 140 StPO ein Offizialverteidiger hätte bestellt werden müssen, dessen Honorar der Angeklagte auch bei einem Freispruch mangels Beweises der Staatskasse nicht hätte erstatten müssen[5].

Die Auslagenerstattung gemäß § 467 Abs. 2 Satz 1 StPO ist in das Ermessen des Gerichts gestellt. Unter Ermessen versteht man einen Spielraum des Handelns und Entschlusses, die Wahl zwischen mehreren, in gleicher Weise möglichen Arten des Sichverhaltens[6]. Bei Ermessensentscheidungen können gegensätzliche Entscheidungen rechtmäßig sein. Das bedeutet aber nicht, daß das Gericht willkürlich verfahren dürfe. Das (sog. freie) Ermessen gibt dem Gericht nicht die Möglichkeit, nach Belieben zu verfahren, sondern es ist ein durch die Rechtsordnung und den Gesetzeszweck bestimmtes und begrenztes pflichtgemäßes Ermessen. Deshalb ist der Ermessensspielraum, mag er auch noch so groß sein, nicht frei von jeder rechtlichen Begrenzung. Die rechtliche Begrenzung des Ermessens in § 467 Abs. 2 Satz 1 StPO ergibt sich aus dem Gleichheitssatz (Art. 3 GG)[7], der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. II MRK) und dem Ermessenszweck.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß es ein Gebot der Gerechtigkeit ist, im wesentlichen gleich gelagerte Fälle auch im wesentlichen gleich zu behandeln. Das wird umso augenfälliger, je größer in der Praxis die unterschiedliche Handhabung der Auslagenerstattung ist. Um aber wesentlich gleich gelagerte Fälle auch wesentlich gleich behandeln zu können, muß die Rechtsprechung sich zuerst festlegen, ob die Auslagenerstattung gemäß § 467 Abs. 2 Satz 1 StPO die Regel oder die Ausnahme sein soll. Die Regelung der Auslagenerstattung stellt ein System bereits vorhandener Rechtsansprüche dar[8]. Deshalb haben die Überlegungen des Richters bei seiner Ermessensentscheidung nicht dahin zu gehen: rechtfertigen die Umstände eine Übernahme der notwendigen Auslagen des Angeklagten auf die Staatskasse? sondern: rechtfertigen die Umstände ausnahmsweise die

---

4) Nach OLG Hamm, MDR 1957, 697, kann die Auslagenerstattung auch dann versagt werden, wenn der Angeschuldigte auch nur fahrlässig den Anschein hat entstehen lassen, daß er eine strafbare Handlung begangen habe. Siehe hierzu § 13 I.

5) So OLG Köln, NJW 1961, 1493.

6) So Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 80.

7) Vgl. BVerwGE 2, 163 (167 ff.); BVerwG, BB 1957, 52; DVBl 1957, 650.

8) Siehe oben § 8 III.

Versagung der Auslagenerstattung? Zwar fordern die oberen Gerichte immer wieder, daß die Auslagenerstattung die Regel sein soll [9], dennoch verfahren die unteren Gerichte zum Teil nach anderen Gesichtspunkten [9a]. Ursache ist hierfür nicht zuletzt das Wort "können" in § 467 Abs. 2 Satz 1 StPO, das richtiger hätte "sollen" heißen müssen. Dies entspricht auch der Intension des Gesetzgebers. Er hat im Entwurf der Reichstagskommission die Bestimmung, "die dem Beschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen sind der Staatskasse aufzuerlegen" [10], nur deshalb in eine Kann-Vorschrift umgeändert, um dem Gericht die Möglichkeit zu geben, die Auslagenerstattung in den Fällen zu versagen, in denen die Überbürdung der Auslagen auf die Staatskasse mit dem Rechtsbewußtsein evident in Widerspruch treten würde [11]. Keinesfalls wollte aber der Gesetzgeber dem Gericht die Möglichkeit geben, bezüglich der Auslagenerstattung einer möglichst bis in alle Einzelheiten gehenden Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen.

Steht auch die Regelung der Auslagenerstattung in § 467 Abs. 2 StPO mit der dort vorgenommenen Unterscheidung zwischen Freispruch wegen erwiesener Unschuld und Freispruch mangels Beweises in Widerspruch zu Art. 6 Abs. II MRK, so ist doch Art. 6 Abs. II MRK durch die Bestimmung in § 467 Abs. II StPO nicht allgemein geändert oder gar aufgehoben worden. Das Gericht muß daher stets Art. 6 Abs. II MRK berücksichtigen. Das bedeutet aber, daß die Ermessensbetätigung nach § 467 Abs. 2 Satz 1 StPO unter der Herrschaft der Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. II MRK steht. Somit kann, wie oben ausgeführt [12], die Stärke des verbliebenen Tatverdachts nicht mehr bei der Ermessensentscheidung eine Rolle spielen [13]. Darauf abzustellen erscheint auch deshalb als unbillig, weil dem Angeklagten nach herr-

---

9) Vgl. BGH vom 2.10.1953 - 3 StR 151, 53 - zitiert bei Löwe-Rosenberg, § 467 Anm. 9; OLG Bremen, NJW 1961, 617.

9a) Anders aber LG Saarbrücken, AnwBl. 1966, 327.

10) Vgl. Bericht der Reichstagskommission, Hahn, Bd. III, S. 1582.

11) In der 2. Beratung im Plenum sagte der Abgeordnete Laskar, vgl. Hahn, Bd. III, S. 2103, ohne auf Widerspruch zu stoßen: "... Wir sind fest überzeugt, daß der Richter als die allgemeinste Regel die Auslagenerstattung zuerkennen und nur in ganz besonderen Ausnahmefällen, in welchen gewissermaßen die Tatsachen selbst begründen, weshalb die Auslagen nicht ersetzt werden sollen, vom Ersatz absehen wird".

12) Siehe oben I 10 II.

13) Mit dem Hinweis des OLG Bremen, NJW 1961, 617; Rpfleger 1963, 409, daß die Ablehnung der Auslagenerstattung nicht im Sinne einer Verdachtsstrafe gehandhabt werden darf, ist es nicht getan.

schender Meinung gar nicht die Möglichkeit gegeben wird, seine Unschuld zu beweisen[14].

Zu gerechten Ergebnissen gelangen die Gerichte nur dann, wenn sie - ähnlich wie beim allgemeinen Aufopferungsanspruch - in erster Linie darauf abstellen, weshalb das Strafverfahren eingeleitet und durchgeführt worden ist. Ein Ausgleich für den Vermögensschaden des Betroffenen wird nicht geschuldet, wenn sich der Angeklagte durch sein Verhalten als ein "Störer" der öffentlichen Ordnung und Sicherheit erwiesen oder wenigstens vorsätzlich oder fahrlässig den Anschein eines Störers hervorgerufen hat[15], denn wenn in derartigen Fällen ein Ermittlungsverfahren eingeleitet bzw. durchgeführt wird, und schließlich die Staatsanwaltschaft Anklage erhebt, so hat sich das der Angeklagte selbst zuzuschreiben. Ein derartiger Fall liegt immer dann vor, wenn das Verfahren ergeben hat, daß der Angeklagte sich rechtswidrig, und sei es nur polizeiwidrig, verhalten hat, oder daß der Angeklagte gegen die "guten Sitten" verstoßen hat. Somit scheidet eine Auslagenerstattung insbesondere dann aus, wenn der Angeklagte tatbestandsmäßig (im Sinne des Strafgesetzbuches) und rechtswidrig gehandelt hat, aber Bedenken gegen die Zurechnungsfähigkeit nicht ausgeräumt werden können und deshalb Freispruch erfolgt[16], oder wenn der Angeklagte gar tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, die Tat aber möglicherweise verjährt ist, und deshalb das Verfahren eingestellt werden muß.

Damit wird zwar die Ausübung des Ermessens und damit die Möglichkeit, die Auslagenerstattung zu versagen, eingeschränkt; aber die Rechtsprechung selbst vertritt immer wieder die Ansicht, daß bei der Frage, ob dem Angeklagten die notwendigen Auslagen zu erstatten seien, nicht engherzig zu verfahren sei[17].

II. In diesem Zusammenhang ist die Frage zu erörtern, ob eine Ermessensentscheidung des Gerichts nach § 467 Abs. 2 Satz 1 StPO noch möglich ist, wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 UHaftEntschG vorliegen, die gemäß § 467 Abs. 2 Satz 2 StPO entsprechend anzuwenden sind, wenn also der Angeklagte das Verfahren vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat. Nach der Fassung dieser Vorschrift könnte man der Auffassung sein, daß der 2. Halbsatz des Abs. 2 Satz 2

---

14) Vgl. OLG Celle, NdsRpfl. 1965, 48; a. A. der Verf. siehe oben § 11.

15) Siehe oben § 13 I.

16) Ist die Unterbringung in eine Heil- oder Pflegeanstalt angeordnet, so gilt § 467 Abs. 3 StPO.

17) Vgl. OLG Köln, NJW 1961, 1493. Vgl. auch die Zitate oben unter Fußn. 9.

StPO sich nur auf diesen Satz bezieht und nicht auch auf Satz 1 des Abs.2 anzuwenden ist. Dies würde der üblichen Gesetzesauslegung entsprechen. Wollte man aber dieser Auslegung folgen, so käme man zu dem Ergebnis, daß der Angeklagte, keinen Anspruch auf Auslagenerstattung hätte, wenn er das Verfahren vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat, dagegen könne das Gericht dem nur mangels Beweises freigesprochenen Angeklagten die Auslagenerstattung zuerkennen, obgleich dieser ebenfalls das Verfahren verschuldet hat. Dieses Ergebnis kann aber nicht rechtens sein, denn wenn schon die obligatorische Auslagenerstattung unter der Voraussetzung des § 2 Abs.1 UHaftEntschG ausgeschlossen ist, so muß dies erst recht für die fakultative Auslagenerstattung gelten. Andernfalls wäre der Angeklagte, gegen den ein begründeter Verdacht bestehen geblieben ist, besser gestellt als der wegen erwiesener Unschuld Freigesprochene. Sinn und Zweck des Gesetzes ist, daß in all den Fällen, in denen die Voraussetzung des § 2 Abs.1 UHaftEntschG vorliegen, der freigesprochene Angeklagte keinen Anspruch auf die Auslagenerstattung haben soll. Deshalb muß, wenn § 2 Abs.1 UHaftEntschG vorliegt, gleichgültig, ob eine fakultative oder obligatorische Auslagenerstattung in Frage kommt, eine Auslagenerstattung versagt bleiben. In diesem Fall ist für eine Ermessensentscheidung des Gerichts kein Raum mehr[18]. Aus dem gleichen Grund müssen auch die in § 2 Abs.2 und Abs.3 UHaftEntschG genannten Umstände bei der Ermessensentscheidung nach § 467 Abs.2 Satz 1 StPO besonders berücksichtigt werden, mit dem Ergebnis, daß in diesen Fällen die Auslagenerstattung die Ausnahme sein soll.

III. Zuletzt ist noch zu prüfen, ob dem Gericht nach § 467 Abs.2 Satz 1 StPO nur die Befugnis zusteht, zu entscheiden, ob die Staatskasse oder der Angeklagte die gesamten notwendigen Auslagen zu tragen hat oder ob das Gericht auch befugt ist, die notwendigen Auslagen nur teilweise der Staatskasse aufzuerlegen. Die Bestimmung des § 467 Abs.2 Satz 1 StPO bejaht weder eine Teilungsbefugnis noch verneint sie diese. Dafür sieht aber die neu in die Strafprozeßordnung aufgenommene Bestimmung des § 467a StPO vor, daß das Gericht, wenn die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage zurücknimmt, und das Verfahren einstellt, die dem Angeschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen ganz oder teilweise der Staatskasse auferlegen kann. Warum soll in § 467 Abs.2 StPO der Ermessensspielraum ein anderer sein als der in § 467a StPO? Aus der in § 467 Abs.2 Satz 1 StPO fehlenden Wendung "ganz oder teilweise" kann nicht geschlossen werden, der

---

18) So BGH, NJW 1958, 1452 mit zustimmenden Anm. von Gossrau in JZ 1959, 288; Eb.Schmidt, § 467 Anm.28; Löwe-Rosenberg, § 467 Anm.10e, im Gegensatz zur 20. Aufl.

Gesetzgeber habe hierdurch zum Ausdruck bringen wollen, eine Teilungsbefugnis stehe dem Gericht nicht zu, denn beide Vorschriften sind zu verschiedenen Zeiten in die Strafprozeßordnung aufgenommen worden. Vielmehr spricht gerade die neue Regelung des § 467a StPO dafür, daß auch der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, daß dem Gericht in § 467 Abs. 2 Satz 1 StPO eine Teilungsbefugnis zusteht, denn Sinn der neuen Vorschrift ist es, wie sich aus dem Bericht des Abgeordneten Dr. Kanka ergibt, die Rechtswohltat des § 467 Abs. 2 StPO auch dem Angeschuldigten zugute kommen zu lassen, gegen den weder die Voruntersuchung eingeleitet, noch das Hauptverfahren bereits eröffnet worden ist, sondern nur eine Anklage erhoben worden ist, die aber von der Staatsanwaltschaft zurückgenommen worden ist[19]. Somit ist auch bei einer Entscheidung nach § 467 Abs. 2 Satz 1 StPO dem Gericht die Möglichkeit gegeben, nur einen Bruchteil der notwendigen Auslagen der Staatskasse aufzuerlegen[20]. Eine derartige Ermessensentscheidung ist aber nicht nur rechtlich zulässig, sondern auch rechtspolitisch notwendig. Nur dann, wenn das Gericht nicht vor die Entscheidung des "entweder alles oder garnichts" gestellt ist, sondern ihm eine differenzierende Entscheidungsmöglichkeit gegeben wird, ist es auch möglich, allen Fällen der Auslagenerstattung gerecht zu werden, da es sehr viele Fälle gibt, bei denen es unbillig erscheinen würde, den Angeklagten alle seine Auslagen allein tragen zu lassen, andererseits aber das Gericht nicht gewillt ist, der Staatskasse alle Auslagen aufzuerlegen.

---

19) Schriftl. Bericht des Rechtsausschusses, BT Drucksache IV/1020.

20) So im Ergebnis OLG Köln, NJW 1952, 39; OLG Bremen, NJW 1961, 617; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 467 Anm. 6; Schwarz-Kleinknecht, § 467 Anm. 11. Eine Teilüberbürdung nur für bestimmte Zeit- oder Verfahrensabschnitte nehmen an: KMR, § 467 Anm. 4 f., Löwe-Rosenberg, § 467 Anm. 8a. OLG Frankfurt, NJW 1963, 1418, läßt die Lösung dieses Problems offen. Teilung der Auslagen nach Bruchteilen lehnen ab BGH, NJW 1960, 878; OLG Köln, NJW 1952, 39.

§ 15 EINSTELLUNG DES VERFAHRENS DURCH DIE STAATSANWALTSCHAFT

I. Einstellung nach Klageerhebung

1. Durch das Strafprozeßänderungsgesetz vom 19.12.1964 [1] ist die kostenrechtliche Vorschrift der Strafprozeßordnung um die Bestimmung des § 467a erweitert worden, welche die Übernahme der dem Angeschuldigten entstandenen notwendigen Auslagen für den Fall vorsieht, daß die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage zurücknimmt und das Verfahren einstellt. Bis zum Inkrafttreten dieses Strafprozeßänderungsgesetzes ist es in der Rechtsprechung und Literatur sehr umstritten gewesen, ob eine gerichtliche Entscheidung über die Erstattung der notwendigen Auslagen nach Zurücknahme bzw. Fallenlassen der Klage (§ 411 StPO) und Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft möglich und geboten ist. Ein Teil der Lehre und Rechtsprechung hat eine Auslagenerstattung verneint, da für eine gerichtliche Entscheidung kein Raum sei, denn die isolierte Kostenentscheidung stelle nach der Gesamtkonzeption der Strafprozeßordnung eine Ausnahme dar, Ausnahmebestimmungen seien aber eng auszulegen, und daher komme eine analoge Anwendung nicht in Frage. Die Gegenansicht, die in der Rechtsprechung immer stärker vertreten worden ist, ist davon ausgegangen, daß die isolierte Kostenentscheidung keineswegs eine Ausnahme darstelle, Sachentscheidung und Kostenentscheidung daher keineswegs eine Einheit zu bilden bräuchten, und deshalb einer Entscheidung über die Auslagenerstattung nichts im Wege stehe [2]. Diesem Streit hat die Regelung in § 467a StPO ein Ende bereitet. Sie bestimmt, daß auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Angeschuldigten das Gericht, bei dem die öffentliche Klage erhoben worden ist, eine isolierte Kostenentscheidung zu treffen hat, wenn die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage zurücknimmt und das Verfahren einstellt.

Gemäß § 467a StPO kann das Gericht die dem Angeschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen der Staatskasse ganz oder teilweise auferlegen. Das Wort "kann" in § 467a StPO deutet darauf hin, daß die Entschädigung über die Auslagenerstttung in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt ist, auch wenn die Staatsanwaltschaft das Verfahren wegen erwiesener Unschuld einstellt. Die Regelungi in § 467a StPO stellt somit einen Fall der fakultativen Auslagenerstattung dar. Damit ist aber nicht gesagt, daß für die Ermessensentscheidung dieselben Grundsätze gelten, die auch für die Kostenentscheidung nach § 467 Abs.2 Satz 1 StPO maß-

---

1) BGBl. I, 1067 ff.

2) Vgl. hierzu Tiedemann, MDR 1964, 971 ff. m. zahlr. Hinw.; Ganske, MDR 1965, 101 ff.

gebend sind. Sinn der Regelung in § 467a StPO ist es, wie es im schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses heißt, die Rechtswohltat des § 467 Abs. 2 StPO auch dem Angeschuldigten zugute kommen zu lassen, gegen den weder die Voruntersuchung eingeleitet noch das Hauptverfahren bereits eröffnet, sondern eine Anklage erhoben worden ist, die aber von der Staatsanwaltschaft zurückgenommen worden ist[3]. Die Regelung in § 467a StPO will den Kreis, der entschädigt werden soll, erweitern und insoweit § 467 Abs. 2 StPO ergänzen. Deshalb muß sie im Zusammenhang mit der gesamten Regelung der Auslagenerstattung in § 467 Abs. 2 StPO gesehen werden. Somit bildet nicht § 467 Abs. 2 Satz 1 StPO allein, sondern der gesamte Absatz 2 dieser Bestimmung die Richtschnur für die Ermessensentscheidung des Gerichts[4]. Hat sich die Unschuld des Angeschuldigten herausgestellt, so ist das Ermessen des Gerichts nur dann pflichtgemäß, wenn der Staatskasse die notwendigen Auslagen auferlegt werden. Liegen aber die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 UHaftEntschG vor, dann dürfen die Auslagen nicht von der Staatskasse übernommen werden.

2. Nimmt die Staatsanwaltschaft die Klage zurück, aber nicht um das Verfahren einzustellen, sondern um weiter zu ermitteln, um dann nach § 170 StPO neu entscheiden zu können, so kommt eine Auslagenerstattung nicht in Frage. Möglich ist aber auch, daß die Staatsanwaltschaft nach der Rücknahme der Klage nichts tut und damit das Verfahren bis zur Verjährung der Straftat in der Schwebe hält. Auch dieser Fall wird dem Wortlaut nach nicht von § 467a StPO erfaßt. Hier ist es aber nicht gerechtfertigt, dem Betroffenen die Erstattung seiner notwendigen Auslagen nur deshalb zu verweigern, weil das Verfahren nicht eingestellt worden ist. Auch in diesem Fall liegt ein Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen vor und stünde diesem ein Aufopferungsanspruch zur Seite, hätte dieser Anspruch nicht in der Strafprozeßordnung eine Sonderregelung erfahren. Zwar kann sich der Angeschuldigte gegen das Untätigbleiben der Staatsanwaltschaft mit der Dienstaufsichtsbeschwerde wenden oder den Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 27 EGGVG stellen[5], aber das befriedigt nicht. Es kann keinen Unterschied machen, ob die Staatsanwaltschaft, nachdem sie die Klage zurückgenommen hat, das Verfahren einstellt oder das Verfahren bis zur Verjährung in der Schwebe hält, ohne weitere Nachforschungen anzustellen. Auch dann, wenn die Staatsanwaltschaft das Verfahren gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt hat,

---

3) BT Drucksache IV/1020.

4) So Dahs, NJW 1966, 25; KMR, § 467a Anm. 1b; Löwe-Rosenberg, Ergänzungsband, § 467a Anm. 5; Schwarz-Kleinknecht, § 467a Anm. 3.

5) So Schäfer in Löwe-Rosenberg, Ergänzungsband, § 467a Anm. 2c; Eb. Schmidt Ergänzungsband, § 467a, Rdnr. 4; vgl. auch Kohlhaas, NJW 1966, 1113.

kann sie jederzeit das Verfahren wieder eröffnen und erneut Anklage erheben, wenn neue Tatsachen bekannt geworden sind. Die Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO hat keine Rechtskraftwirkung. Es scheint, daß der Gesetzgeber an den Fall nicht gedacht hat, daß die Staatsanwaltschaft das Verfahren, ohne weiter zu ermitteln, in der Schwebe hält. Somit liegt eine Lücke im Gesetz vor, die aus den oben genannten Gründen zu einer analogen Anwendung des § 467a StPO zwingt [6].

II. Einstellung vor Klageerhebung

Die Strafprozeßordnung sieht eine Auslagenerstattung nur für diejenigen Fälle vor, in denen wenigstens die öffentliche Klage erhoben worden ist. Findet das Strafverfahren schon vor Klageerhebung seinen Abschluß, so hat der Beschuldigte, der einen Anwalt hinzugezogen hat, die Anwaltskosten auch dann zu tragen, wenn erst durch die Hinzuziehung eines Anwalts im Schlußgehör gemäß § 169b StPO die Unschuld des Beschuldigten sich ergeben hat.

Man könnte daran denken, daß eher derjenige, dessen Unschuld sich schon vor der Klageerhebung ergeben hat, einen Anspruch auf Auslagenerstattung haben sollte als derjenige, dem dies erst nach Klageerhebung gelingt. Dabei würde ma man aber übersehen, daß der Auslagenerstattungsanspruch seinem Wesen nach ein Aufopferungsanspruch ist und daß letztlich dem Betroffenen nur deshalb Ersatz der ihm entstandenen Vermögenseinbußen gewährt wird, weil in seine Rechte eingegriffen worden ist und ein derartiger Eingriff in der Regel erst mit der Erhebung der öffentlichen Klage vorliegt [7], so daß ein Aufopferungsanspruch auch erst von diesem Zeitpunkt an entstehen kann. Es darf hierbei aber nicht außer acht gelassen werden, daß schon im Ermittlungsverfahren in die Rechte des einzelnen eingegriffen werden kann, sei es, daß die Staatsanwaltschaft durch Presseveröffentlichungen einen Verdächtigen schon als den mutmaßlichen Täter bezeichnet, sei es, daß die Staatsanwaltschaft oder das Gericht die in der Strafprozeßordnung vorgesehenen Zwangsmaßnahmen ergreift. So kann das Gericht, wenn die Voraussetzungen des § 81 StPO vorliegen, gegen den Beschuldigten zur Vorbereitung eines Gutachtens die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt anordnen oder gemäß § 94 ff. StPO die Beschlagnahme anordnen. Um in derartigen Fällen

---

6) So Kohlhaas, NJW 1966, 1113; nicht so weit geht Schäfer in Löwe-Rosenberg, Ergänzungsband, § 467a Anm. 2c; A. A. LG Darmstadt, NJW 1966, 68; Eb. Schmidt, Ergänzungsband, § 467a Rdnr. 4.

7) Siehe hierzu oben § 8 III 2 am Ende.

den Betroffenen entschädigen zu können, ist es erforderlich, dem Gericht die Möglichkeit zu geben, auch vor Erhebung der öffentlichen Klage die notwendigen Auslagen des Betroffenen der Staatskasse aufzuerlegen [8].

Für eine Erweiterung der Fälle der Auslagenerstattung sprechen auch rechtspolitische Gesichtspunkte. Wenn das Gericht gemäß § 467a StPO nur dann die notwendigen Auslagen der Staatskasse auferlegen kann, wenn sich nach Klageerhebung herausstellt, daß das Tatsachenmaterial nicht für eine Verurteilung ausreicht, nicht dagegen, wenn die Staatsanwaltschaft schon im Ermittlungsverfahren unter weitgehender Beteiligung des Verteidigers zu diesem Ergebnis gelangt und deshalb das Verfahren einstellt, dann wird, wie Kohlhaas [9] mit Recht betont, die ganze Frage der Auslagenerstattung "zu einer reinen Nervensache für den Beschuldigten, ob er den breiten Buckel dazu hat, sich erst anklagen zu lassen und dann seine Beweise zu erbringen und damit seine Anwaltskosten hereinzubekommen, oder ob er so zart besaitet ist, daß er lieber seinen Anwalt aus eigener Tasche bezahlt, als das Risiko der erhobenen Anklage und ihrer Zulassung durch das Gericht auf sich zu nehmen".

---

8) Vgl. auch Ganske, NJW 1966, 23 ff.

9) NJW 1966, 1112.

Lebenslauf

Ich wurde am 13.7.1938 als Sohn des 1944 als Oberst gefallenen Wilhelm Kiefer und seiner Ehefrau, Anny-Elisabeth, geb. Fik, in Freiburg i.Br. geboren. Im Herbst 1944 kam ich in Ellwangen in die Volksschule und besuchte anschließend in Ellwangen das Peutinger-Gymnasium, in welchem ich am 28. Februar 1958 das Abitur ablegte. Danach studierte ich 6 Semester in Tübingen, 1 Semester in München und 2 Semester in Bonn die Rechtswissenschaften und bestand am 4. Juni 1964 in Tübingen die Erste juristische Staatsprüfung. Vom 1. April 1959 bis zum 30. September 1960 leistete ich den Wehrdienst ab.

Zur Zeit befinde ich mich in der Referendarausbildung des Landes Baden-Württemberg.

Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.